Die Sachentziehung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von

ODILO GUTMANN

Bonn 1976

Die Sachentziehung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von

ODILO GUTMANN

Bonn 1976

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Prof. Dr. Walter Gerhardt

Berichterstatter:

Prof. Dr. Armin Kaufmann
Prof. Dr. Hinrich Rüping

Tag der mündlichen Prüfung:

11. Februar 1976

Die Sachentziehung (= SE)

(Gliederungsübersicht)

1. Teil Einleitende Problemstellung

§ 1 Die Notwendigkeit und Nützlichkeit einer eingehenden Untersuchung der SE-problematik

§ 2 Natur und mögliche Reichweite eines Delikts SE

2. Teil Die Erfassung des SE-täters über das StGB

§ 3 Die Strafbarkeit des Grunddelikts SE und die Abgrenzung der SE von den Delikten des StGB, insbesondere der Sachbeschädigung

§ 4 Sonderformen der SE im StGB

§ 5 Ersatzweise Erfassung des hinsichtlich der straflosen SE straffreien Täters über andere - strafbare - Delikte

§ 6 Gesamtergebnis und Ausblick

3. Teil Die Strafbarkeit der SE in Vorschlägen und Entwürfen zum StGB

§ 7 Die Wertungen der Vorschläge und Entwürfe

4. Teil Kurze Hinweise auf die Strafbarkeit der SE in anderen Rechtsordnungen

§ 8 Kurzer Blick in vergangene und geltende Rechtsordnungen

5. Teil	Die SE von Mobilien als Eigentumsdelikt
§ 9	Der Umfang eines strafrechtlichen Eigentumsschutzes
§ 10	Das Wegnehmen mit dem Vorsatz dauernder SE
§ 11	Das Vorenthalten mit dem Vorsatz dauernder SE
§ 12	Die vorübergehende SE durch Wegnehmen
§ 13	Die vorübergehende SE durch Vorenthalten
§ 14	Der Versuch der SE
§ 15	Die fahrlässige SE
§ 16	Gesamtergebnis des 5. Teils
6. Teil	Die SE von Mobilien als Schutzdelikt sonstiger privater Rechtspositionen
§ 17	Die Strafwürdigkeit der Delikte gegen sonstige private Rechte und Interessen
§ 18	Die SE gegenüber dem Berechtigten durch Wegnehmen
§ 19	Die SE gegenüber dem Berechtigten durch Vorenthalten
§ 20	Gesamtergebnis des 6. Teils
7. Teil	Die SE von Immobilien
§ 21	Die SE von Immobilien gegenüber dem Eigentümer und dem Berechtigten
8. Teil	Einzelfragen
§ 22	Ergänzungen der SE-norm
9. Teil	Die Ergebnisse unter allgemein- kriminalpolitischen Gesichtspunkten
§ 23	Das staatliche Strafinteresse
10. Teil	Schluß
§ 24	Der Gesetzesvorschlag für eine Strafnorm SE
	(Literaturverzeichnis)

Ausführliche Gliederung

		Seite
. Teil	Einleitende Problemstellung	1
§ 1	Die Notwendigkeit und Nützlichkeit einer eingehenden Untersuchung der SE-problematik	1
A.	Die umstrittene Rechtslage im StGB	1
B.	Die auf Pönalisierung der SE gerichteten Reformbestrebungen	1
C.	Der Weg der folgenden Untersuchungen	3
§ 2	Natur und mögliche Reichweite eines Delikts SE..	4
A.	Die Natur der SE	4
I.	Der Vergleich mit den Zueignungsdelikten	4
II.	Ergebnis und Vorausschau	7
B.	Die grundsätzlich mögliche Reichweite der SE ...	7
I.	Der objektive Tatbestand	7
1.	Tatobjekt und geschütztes Rechtsgut.....	7
2.	Tathandlung	9
a)	Grunddefinition	9
b)	Abgrenzung zu anderen reinen Enteignungsdelikten	10
c)	Die Begehungsformen	12
d)	Die Entziehung unter Bruch fremden Gewahrsams (Das "Wegnehmen")	14
e)	Die allgemeine Entziehung (Das "Vorenthalten") .	15
aa)	Grundsätzliches	15
bb)	Das "einfache" und das "veruntreuende" Vorenthalten	16
f)	Ablehnung anderer Terminologien	17
3.	Die SE und die Merkmale "dauernd" und "vorübergehend"	18
a)	Die Unterscheidung der Merkmale "dauernd" und "vorübergehend"	18
b)	Dauernde SE bei vorübergehendem Entzug	18
c)	Die Fassung der Merkmale "dauernd" und "vorübergehend" in einem gesetzlichen Tatbestand	19
II.	Der subjektive Tatbestand	22
III.	Die Fahrlässigkeit	23

Seite

2. Teil Die Erfassung des SE-täters über das StGB..... 24

§ 3 Die Strafbarkeit des Grunddelikts SE und die Abgrenzung der SE von den Delikten des StGB, insbesondere der Sachbeschädigung 24

A. Das Fehlen einer Strafnorm mit dem Namen "SE".. 24

B. Die mögliche Erfassung der SE als besondere Begehungsform eines anderen Eigentumsdelikts .. 24

I. Die Zueignungsdelikte 24

II. Die Sachbeschädigung 25

1. Problemstellung 25

2. Das geschützte Rechtsgut 25

a) Grammatische Auslegung 25

b) Gegenmeinung 26

c) Systematische Auslegungsgesichtspunkte 27

d) Historische Auslegung 28

e) Teleologische Auslegung 31

f) Ergebnis 31

3. Einzugsbereich des Begriffes "eine Sache beschädigen" 32

a) Grammatische Auslegung 32

b) Systematische Auslegung 35

c) Historische Auslegung 37

d) Teleologische Auslegung 38

e) Ergebnis 38

Seite

C. Gegenmeinungen 39

I. Überblick 39

II. Die 1. Mindermeinung 39

1. Die von Maurach verwendeten Begriffe 40

2. Kritik an diesen Begriffen 40

3. Maurachs Begründung 41

a) "Das Eigentum als wirtschaftliche Funktion" .. 41

b) Die Auseinandersetzung Maurachs mit dem Tatbestand des § 303 42

4. Gesamtergebnis 45

III. Die 2. Mindermeinung 46

1. Binding 46

2. Nagler 48

3. Berner und Oppenhoff 52

4. Jagusch 53

5. Ergebnis 54

IV. Die herrschende Meinung 56

D. Gesamtergebnis der Strafbarkeit des Grunddelikts SE im StGB 58

Seite

E. Das Verhältnis von SE und Sachbeschädigung 58

I. Grundsätzliches 58

II. Systematische Auslegung 60

III. Tatbestandliche Abgrenzung in Einzelfällen 61

1. Problemstellung 61

2. Einzelfälle 62

a) Die sachkörperbezogene Hinderung der Beweglichkeit 62

b) Die sachkörperbezogene Hinderung der Wahrnehmbarkeit 64

c) Die sachkörperbezogene Hinderung der Aussagefähigkeit 65

d) Die sachkörperbezogene Hinderung der Empfangs- oder Weiterleitungsfähigkeit 65

e) Die sachkörperbezogene Hinderung der Beherbergungsfähigkeit 66

f) Die Sachzerlegung 66

aa) Die zerlegbaren Sachen 66
bb) Die Zerlegung zusammengesetzter Sachen 68
cc) Ergebnis 70

g) Vermischung, Verbindung, Verarbeitung 70

aa) Die Vermischung 70
bb) Die Verbindung 70
cc) Die Verarbeitung 71

h) Ergebnis 71

F. Die SE in der Systematik des StGB 72

Seite

§ 4 Sonderformen der SE im StGB 73

A. Überblick 73

B. Die Deliktsgruppen 73

I. Übersichtstabelle 73

II. Die einzelnen Gruppen der Tabelle 76

1. Qualifikationen (Gruppe B) 76

2. Verwandte Delikte (Gruppe) 76

a) Rechtsverhältnisse zivil- oder öffentlichrechtlicher Natur zwischen dem Berechtigten und einer Sache 77

b) Das Vermögen (im Rahmen des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes) 78

c) Ergebnis 79

3. Sonstige Delikte (Gruppe D) 80

a) Schutz privater Interessen 80

b) Schutz staatlicher Interessen 80

c) Schutz allgemein öffentlicher Interessen 81

C. Ergebnis 81

Seite

§ 5 Ersatzweise Erfassung des hinsichtlich der straflosen SE straffreien Täters über andere - strafbare - Delikte 82

A. Fragestellung 82

B. Die möglichen Konstellationen zwischen SE und anderen im selben Kausalverlauf verwirklichten Delikten 82

C. Die Eigentumsdelikte als allein angemessener Ersatz 83

D. Die Zueignungsdelikte 84

E. Die Sachbeschädigung 84

F. Ergebnis 85

§ 6 Gesamtergebnis und Ausblick 85

Seite

3. Teil Die Strafbarkeit der SE in Vorschlägen und Entwürfen zum StGB 87

§ 7 Die grundsätzlichen Wertungen der Vorschläge und Entwürfe 87

A. Das Material 87

I. Übersicht über die Vorschläge und Entwürfe 87

II. Der Wortlaut der vorgeschlagenen Normen 90

B. Die grundsätzlichen Wertungen 92

4. Teil Kurze Hinweise auf die Strafbarkeit der SE in anderen Rechtsordnungen 94

§ 8 Kurzer Blick in vergangene und geltende Rechtsordnungen 94

A. Historische Hinweise 94

I. Die SE im römischen Recht 95

II. Die SE im germanisch-deutschen Recht 97

1. SEen in den Volksrechten 97

2. SEen in den Rechtsbüchern des Mittelalters 97

3. Einheitliche Betrachtung..... 98

4. Das deutsche Recht bis zur Neuzeit 100

B. Internationale Hinweise 100

		Seite
5. Teil	Die SE von Mobilien als Eigentumsdelikt	103
§ 9	Der Umfang eines strafrechtlichen Eigentumsschutzes	103
A.	Schutz wirtschaftlicher und persönlichkeitsbezogener Interessen	103
B.	Grenzen des Eigentumsschutzes	104
§ 10	Das Wegnehmen mit dem Vorsatz dauernder SE	105
1. Kapitel	Das Wegnehmen aus Eigentümergewahrsam	105
A.	Die Rechtsgutsverletzung im allgemeinen	105
I.	Grundsätzliche Wertung	105
1.	Ausgangspunkt	105
2.	Die Rechtsgutsverletzung unter Gesichtspunkten der augenblicklichen Lebenswirklichkeit	108
3.	Die Strafe als notwendige Sanktion	108
II.	Die Rechtsgutsverletzung nach den Wertungen des StGB	109
1.	Die Sachbeschädigung als einziges Vergleichsdelikt	109
2.	Grundlagen des Vergleichs	110
3.	Vergleich des objektiv-gegenständlichen Geschehens	110
4.	Vergleich der faktischen Ergebnisse und die rechtliche Wertung	111
III.	Sachenrechtliche Gesichtspunkte (Der "Entziehungsbesitz")	112
B.	Die subjektive Tatseite im besonderen	114
I.	Grundsätzliche Wertung	114
1.	Vorbemerkung	114
2.	Die deliktische Gewichtigkeit der subjektiven Tatseite im einzelnen	115

Seite

3. Dolus eventualis 116

4. Absicht und dolus directus 118

II. Die Tätereinstellung nach den Wertungen des StGB 118

C. Die Rechtsgutsverletzung nach den Wertungen in der Literatur und den Entwürfen 119

I. Die grundsätzliche Wertung des Wegnehmens 119

1. Wertung der allgemeinen Meinung 119

2. Wertung des VE 09 120

II. Die Wertung bei der Ausgestaltung des Tatbestandes 124

1. Die SE als kupiertes Erfolgsdelikt 124

2. Die Tathandlung 125

3. Der "erhebliche" Nachteil bzw. Vermögensschaden 126

4. Der einfache Vorsatz 126

5. Das Einschränkungsmerkmal der Nachteilsabsicht 127

6. Das Einschränkungsmerkmal der "Boshaftigkeit" oder "Böswilligkeit" 129

D. Ergebnis 130

2. Kapitel Das Wegnehmen aus Drittgewahrsam 130

A. Fragestellung 130

B. Wertung am obigen Ergebnis 131

Seite

C. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen 132

I. Bejahung der Strafwürdigkeit 132

II. Gegenmeinung 134

III. Ergebnis 135

D. Ergebnis des 2. Kapitels 135

3. Kapitel Gesamtergebnis des § 10 135

§ 11 Das Vorenthalten mit dem Vorsatz dauernder SE 136

A. Die prinzipielle Gleichwertigkeit von Wegnehmen und Vorenthalten 136

I. Die Wertung 136

II. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen 137

1. Bejahung der Strafwürdigkeit 137

2. Gegenmeinung 137

a) Der VE 09 137

b) Peter 139

III. Ergebnis 139

B. Gesamtergebnis des § 11 140

§ 12 Die vorübergehende SE durch Wegnehmen 140

1. Kapitel Das Wegnehmen aus Eigentümergewahrsam 140

A. Grundsätzliche Wertung 140

I. Die Arten der Eigentumsverletzung 140

II. Die Verletzung eines konkreten Verwendungsinteresses als Grundlage der Strafwürdigkeit 141

III. Der Nachteil 142

Seite

IV. Die grundsätzliche Wertung 142

B. Die Rechtsgutsverletzung nach den Wertungen des StGB 146

I. Die Sachbeschädigung als einziges Vergleichsdelikt 146

II. Vergleich der objektiven und der subjektiven Tatseiten im Unrechtsgehalt 146

C. Die Rechtsgutsverletzung nach den Wertungen in der Literatur und den Entwürfen 147

I. Die grundsätzliche Wertung des vorübergehenden Wegnehmens 147

1. Bejahung der Strafwürdigkeit 147

2. Gegenmeinung 148

a) Der VE 09 148

b) Die Entwürfe KE 13 und E 22 sowie die E 19, 25, 27, 30 150

c) Schmoller, Mittermaier, Maurach und Gallas 151

3. Ergebnis 153

II. Die Wertungen bei der Ausgestaltung des Tatbestandes 153

1. Die Tathandlung 153

2. Der "erhebliche" Nachteil 154

3. Der einfache Vorsatz und die Absicht Nachteil zuzufügen 154

4. Das Einschränkungsmerkmal der "Boshaftigkeit" . 155

D. Ergebnis des 1. Kapitels 155

Seite

2. Kapitel Das Wegnehmen aus Drittgewahrsam 156

A. Fragestellung 156

B. Wertung am obigen Ergebnis 156

I. Vorübergehendes Wegnehmen aus rechtmäßigem Besitz 156

1. Die grundsätzliche Wertung 156

2. Vergleich mit den Wertungen des StGB 157

3. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen 159

4. Ergebnis 161

II. Vorübergehendes Wegnehmen aus rechtswidrigem Besitz 161

C. Ergebnis des 2. Kapitels 162

3. Kapitel Gesamtergebnis des § 12 162

§ 13 Die vorübergehende SE durch Vorenthalten 163

A. Die prinzipielle Gleichwertigkeit von Wegnehmen und Vorenthalten 163

I. Die grundsätzliche Wertung 163

II. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen .. 163

1. Bejahung der Strafwürdigkeit 163

2. Gegenmeinung 163

a) Der VE 09 164

b) Maiwald und Peter 165

III. Ergebnis und Ausblick 167

Seite

B. Das Vorenthalten durch den berechtigten Besitzer 167

I. Das Vorenthalten durch den vertraglich berechtigten Besitzer (Das veruntreuende Vorenthalten) 167

1. Die grundsätzliche Wertung 167

2. Bedeutung privatrechtlicher Wertungen 168

a) Ausgangspunkt 168

b) Die schuldrechtliche Verzugsregelung und der Beginn des vorübergehenden Vorenthaltens 169

3. Ergebnis 170

II. Das Vorenthalten durch den - nicht vertraglich - berechtigten Besitzer (Das einfache Vorenthalten) 171

1. Die Wertung 171

2. Bedeutung privatrechtlicher Wertungen 171

3. Ergebnis 172

C. Differenzierende Wertungen in der Literatur und den Entwürfen 172

D. Gesamtergebnis des § 13 172

§ 14 Der Versuch der SE 173

A. Allgemeine Meinung 173

B. Wertung des StGB 173

C. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen 174

D. Gesamtergebnis des § 14 175

§ 15 Die fahrlässige SE 176

A. Die grundsätzliche Wertung 176

B. Die Wertung im StGB, der Literatur und den Entwürfen 177

C. Gesamtergebnis des § 15 177

§ 16 Gesamtergebnis des 5. Teils 177

Seite

6. Teil Die SE von Mobilien als Schutzdelikt sonstiger privater Rechtspositionen 179

§ 17 Die Delikte gegen sonstige private Rechte oder Interessen 179

A. Die Schutzwürdigkeit der Rechte und Interessen im allgemeinen 179

B. Die Schutzwürdigkeit der einzelnen Privatrechte 181

C. Die Entbehrlichkeit der Merkmale "dauernd" und "vorübergehend" 181

§ 18 Die SE gegenüber dem Berechtigten durch Wegnehmen 182

1. Kapitel Das Wegnehmen aus Berechtigtengewahrsam 183

A. Allgemeine Wertung 183

B. Wertung des StGB 184

C. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen 185

I. Die grundsätzliche Wertung des Wegnehmens aus Berechtigtengewahrsam 185

1. Bejahung der Strafwürdigkeit 185

2. Gegenmeinung 186

a) Maiwald 186

b) Der VE 09 186

3. Ergebnis 187

II. Die Wertungen bei der Ausgestaltung des Tatbestandes 187

1. Der Nachteil 187

2. Die Nachteilsabsicht 188

3. Die Merkmale "dauernd" und "vorübergehend" 188

D. Ergebnis 189

2. Kapitel Das Wegnehmen aus Drittgewahrsam 190

3. Kapitel Gesamtergebnis des § 18 190

Seite

§ 19 Die SE gegenüber dem Berechtigten durch Vorenthalten 191

A. Die prinzipielle Gleichwertigkeit von Wegnehmen und Vorenthalten 191

I. Die Wertung 191

II. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen 191

1. Bejahung der Strafwürdigkeit 191

2. Gegenmeinung 191

a) Der VE 69 191

b) Maiwald und Peter 192

III. Ergebnis und Ausblick 193

B. Die privatrechtliche Verzugsregelung und der Beginn des Vorenthaltens 193

C. Der Eigentümer als Täter 194

D. Gesamtergebnis des § 19 194

§ 20 Gesamtergebnis des 6. Teils 194

7. Teil Die SE von Immobilien 195

§ 21 Die SE von Immobilien gegenüber Eigentümer und Berechtigtem 195

A. Die SE als Eigentumsdelikt 195

I. Vorbemerkungen 195

1. Die Entziehbarkeit von Immobilien 195

2. Die Entbehrlichkeit der Merkmale "dauernd" und "vorübergehend" 196

II. Die grundsätzliche Wertung 196

III. Wertung des StGB 197

IV. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen 197

V. Ergebnis 198

B. Die SE gegenüber dem Berechtigten 198

C. Gesamtergebnis des § 21 198

Seite

8. Teil Einzelfragen 199

§ 22 Ergänzungen der SE-norm 199

A. Rechtfertigungsgründe für die SE 199

B. Die SE als Antragsdelikt 200

C. Die "gemeinschädliche" SE 200

9. Teil Die Ergebnisse unter allgemein-kriminalpolitischen Gesichtspunkten 201

§ 23 Das staatliche Strafinteresse 201

A. Die Vorteile der Ergebnisse 201

I. Demonstration der Rechtsgeltung und Erziehung . 201

II. Systemgerechtigkeit und Vertrauen 201

III. Rechtsklarheit und Rechtssicherheit 204

IV. Ergebnis 205

B. Die Einwände gegen die Ergebnisse 205

I. Die Abgrenzbarkeit der SE gegenüber anderen Delikten und Lebenssachverhalten 205

II. Die Abgrenzbarkeit von strafwürdigem und nicht strafwürdigem Unrecht (Bagatellunrecht) 206

III. Das Bedürfnis in der Praxis nach einer Strafnorm SE 207

1. Die Unhaltbarkeit der Forderung nach aktuellem Bedürfnis 207

2. Das bestehende aktuelle Bedürfnis nach einer Strafnorm SE 209

C. Gesamtergebnis des § 23 210

10. Teil Schluß 210

§ 24 Der Gesetzesvorschlag für eine Strafnorm SE ... 210

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s 214

Die Sachentziehung (= SE)

1. Teil Einleitende Problemstellung

§ 1 Die Notwendigkeit und Nützlichkeit einer eingehenden Untersuchung der SE-problematik

Für eine eingehende Untersuchung der mit der SE zusammenhängenden Fragen sprechen u. a. folgende Gesichtspunkte.

A. Die umstrittene Rechtslage im StGB

Ein besonderes Grunddelikt mit dem Namen SE oder einer in die gleiche Richtung weisenden Bezeichnung enthält das StGB nicht. Ebensowenig ist das Entziehen einer Sache in irgendeinem Grunddelikt des StGB ausdrücklich angeführt. Insofern wird die sog. "Sachentziehung" im StGB der BRD von Sonderformen abgesehen[1] weitgehend als straflos betrachtet[2]. Die Gegenmeinung vertritt den Standpunkt, die SE sei in § 303[3] erfaßt[4].
Eine Zwischenmeinung sieht nur bestimmte Fallgruppen der SE in § 303 pönalisiert[5].

B. Die auf Pönalisierung der SE gerichteten Reformbestrebungen[6]

Seit 1907, als Schmoller[6] in den "Vergleichenden Darstellungen" für eine strafrechtliche Erfassung der SE plädierte, blieb die Diskussion über dieses

---

1) s. u. S. 73 ff
2) s. u. S. 54 ff
3) §§ ohne Nennung des Gesetzes sind solche des StGB
4) s. u. S. 39 ff
5) s. u. S. 46 ff
6) vgl. eingehender § 7 S. 87 ff

Thema in den folgenden Reformbestrebungen grundsätzlich erhalten. Insbesondere befaßten sich alle Entwürfe eines StGB mit der SE.
Ohne einer näheren Untersuchung der Entwürfe für ein StGB vorzugreifen, kann man jedoch - z. B. bereits im Blick auf den textlichen Umfang - feststellen, daß die entsprechenden Erörterungen in keinem Fall der vielschichtigen Problematik einer Pönalisierung der SE gerecht werden.
Gleiches gilt von den vereinzelten Zeitschriftenaufsätzen, die sich mehr oder weniger der SE-problematik zuwenden[1]. Lehrbücher und Kommentare beschäftigen sich, wenn überhaupt, mit der Problematik der SE nur in wenigen Worten oder Zeilen. In Monographien mit einer über die Problematik eines einzelnen Delikts hinausgehenden Themenstellung wird sie nur recht bescheiden abgehandelt[2].
An Arbeiten, welche allein oder neben anderen Fragen besonders der SE gewidmet sind, erschienen einige relativ kurze vor dem Zweiten Weltkrieg. Darin beschränkte man sich weitgehend darauf, die geltende Rechtslage mit gerade erschienenen Entwürfen zu vergleichen[3].
Nach 1945 haben, soweit ersichtlich, nur zwei 1970 erschienene Monographien[4] die SE zum Gegenstand. Dabei wird die SE jeweils im Blick auf das gegenwärtige und zukünftige Strafrecht behandelt. Bereits vom Thema her dazu angelegt, verstricken sich diese Arbeiten von vornherein zu sehr in die Konzeption der Entwürfe zum StGB (insbes. E 62). Damit wird der Weg für eigene neue Ansätze verbaut.

---

1) z. B. Wessels NJW 65, 1153 ff; Noll SchwZStr. 84, 337; Rudolphi GA 65, 33 ff

2) so Maiwald S. 125 ff; Otto z. B. S. 164 f, 315 f, 344, 348

3) so z. B. die Doktorarbeiten von Hering, Rottmüller u. Westerburg

4) Säftel u. Peter

Weiterhin verabsäumt man, innerhalb der SE die einzelnen Begehungsformen und deren etwa problematische Fallgruppen differenziert zu untersuchen. Vielmehr kommt man zu pauschalen Bejahungen oder Verneinungen.
Insoweit erscheint es notwendig, die Problematik der SE losgelöst vom Streit über Einzelfragen differenziert zu untersuchen und die gefundenen Ergebnisse erst anschließend den anderen in der Rechtswissenschaft vertretenen gegenüberzustellen.

C. Der Weg der folgenden Untersuchungen

Die geschilderten Gegebenheiten gebieten, zuerst zu klären, ob bzw. inwieweit die SE im StGB geregelt ist. Ist die SE weitgehend geregelt, so wäre nach der Qualität dieser Regelung zu fragen. Ist die SE im StGB jedoch nicht oder nur unzureichend erfaßt, so ergibt sich die Frage, ob eine generelle oder vervollständigende Pönalisierung der SE ratsam erscheint[1].
Um jedoch zu untersuchen, ob bzw. inwieweit das StGB die SE pönalisiert, ist es erforderlich zu wissen, was SE überhaupt ist. Zwar ist man sich über die Natur der SE einig[2]. Da jedoch SE nirgendwo verbindlich definiert ist, gibt es keine einheitliche Meinung über ihre Reichweite. Insbesondere gilt es, die Begriffe für die einzelnen Elemente der SE, die je nach Autor verschieden lauten und unterschiedlichen Gehalt aufweisen, festzulegen und so eine einheitliche Terminologie zu schaffen, bevor mit Einzelheiten der Problematik begonnen wird.

---

1) vgl. § 6 S. 85 f
2) s. u. S. 4 ff

§ 2 Natur und mögliche Reichweite eines Delikts SE

A. Die Natur der SE

I. Der Vergleich mit den Zueignungsdelikten

Die Frage, ob die SE im StGB pönalisiert ist, taucht insbesondere dann auf, wenn bei einem Sachverhalt zwar die negativen Merkmale eines Zueignungsdelikts, nicht jedoch dessen positive Elemente vorliegen[1].

Den Zueignungsdelikten ist gemein, daß der Täter die Zueignung unter Enteignung des Eigentümers erreicht, wobei die Enteignung ein Element der Zueignung bildet[2].

Die Enteignung nimmt dem Betroffenen sein Eigentum und ist darum "rein negativ"[3]. Die Zueignung führt über die rein negative Enteignung zu einer "positiven Eigentumsausübung" und ist damit positiv. Die SE zeichnet sich dementgegen dadurch aus, daß der Täter mit dem rein negativen Vorsatz der Enteignung "weggenommen" oder "unterschlagen"[4] hat. Insofern besteht Einigkeit darüber, daß die SE - im Gegensatz zu den Zueignungsdelikten gesehen - rein negierender Natur ist[5]. Die SE bildet daher - abgesehen von der Sachbeschädigung[6] - das allgemeine Enteignungsdelikt.

Betrachtet man insoweit SE und Zueignungsdelikte, so erscheinen diese tatbestandskonstruktiv als Weiterentwicklungen der SE, denn bei ihnen muß zum SE-tatbestand neben der Enteignung noch die be-

---

1) vgl. etwa Maurach BT § 26 III C 1 c a. E. u. § 25 II A 2; Welzel § 46 2 a; Schönke-Schröder § 242 Anm. 56 m. w. N.; Wessels aaO S. 1158

2) vgl. Schönke-Schröder § 242 Anm. 46

3) Welzel aaO

4) zu diesen Begriffen vgl. u. S. 15 ff

5) so die in Anm. 1 Genannten sowie z. B. Jagusch Bem. D IV 1 vor § 242; Kohlrausch-Lange § 242 Anm. III b; Nagler Vorbem. IV 1 zu § 242; Petters-Preisendanz § 242 Anm. IV 2 b

6) zum Verhältnis von SE und Sachbeschädigung s. u. S. 10 ff

absichtigte Zueignung hinzukommen. Die SE bildet daher das Grunddelikt der Zueignungsdelikte[1) 2)].

Insoweit ist auch bereits eine eindeutige begriffliche und systematische Abgrenzung erreicht: Die SE besteht in der rein negativen Enteignung durch "Wegnehmen" bzw. "Unterschlagen", die Zueignungsdelikte enthalten zusätzlich das positive Merkmal der Zueignung (in Form der Zueignungsabsicht).

Zu den Zueignungsdelikten und nicht zur SE gehört tatbestandskonstruktiv das - im StGB grundsätzlich[3)] - straflose furtum usus. Denn es begnügt sich ebenfalls nicht mit der rein negativen Entziehung, sondern es besteht darüber hinaus in der - allerdings nur vorübergehenden - positiven Einbeziehung

---

1) vgl. z. B. auch Hering (s. 3 - 16), der nicht nur die eigentliche SE, sondern auch Diebstahl, Unterschlagung und sogar die Sachbeschädigung "Sachentziehung" nennt; Otto spricht in seinen Gesetzesvorschlägen zu den Zueignungsdelikten wie zur SE grundsätzlich vom "Entziehen" als der Tathandlung.

2) Das der rein negativen Enteignung konträre Element der positiven Zueignung gibt allerdings einem Zueignungsdelikt eine so eigene Note, daß es vom Grunddelikt SE stärker gelöst erscheint, als ein bloßer Spezialfall der SE; etwa der SE unter den in §§ 243, 244 genannten - auf die SE bezogenen - Umständen. Ein Zueignungsdelikt bildet daher ein eigenständiges Delikt (delictum sui generis) im Verhältnis zur SE; (vgl. zur Abgrenzung Grunddelikt - Spezialdelikt - eigenständiges Delikt z. B. Schönke-Schröder vor § 13 Anm. 54, Welzel § 4 II 3, 4).

3) Ausnahme: z. B. § 248 b

der Sache in den Täterbereich bzw. in dem vorübergehenden Gebrauch der Sache durch den Täter. Man kann daher das furtum usus als eine vorübergehende Zueignung bezeichnen. Beim Gebrauch von Zueignung zu sprechen verbietet sich jedoch angesichts der herrschenden strafrechtlichen Terminologie. Denn beide Begriffe werden auf Grund der Abgrenzungsprobleme zwischen Zueignung und Gebrauch insofern als Gegensätze verstanden und es könnten Mißverständnisse entstehen.
Die positiven Zueignungs- bzw. Gebrauchsdelikte sind jedoch ihrerseits wiederum von ihrem Grunddelikt, der - rein negativen - SE zu unterscheiden. Um dabei nicht ständig von "Zueignung und Gebrauch" sprechen zu müssen, erscheint es sinnvoll, einen gemeinsamen Oberbegriff zu verwenden und diesen der "Entziehung" gegenüberzustellen. Dafür bietet sich der Begriff "Zuordnung" an. Denn - um vom Diebstahl auszugehen - der Dieb im Sinne des § 242 wie auch der Gebrauchsdieb ordnen die Sache ihrer Herrschaftssphäre zu. Unterschlagung und Diebstahl sowie Gebrauchsunterschlagung und Gebrauchsdiebstahl unterscheiden sich demnach von der rein negativen SE dadurch, daß bei ihnen zur negativen Entziehung ein "positives zuordnendes Moment" hinzukommen muß. Die genannten Delikte können daher im Gegensatz zur SE als Zuordnungsdelikte bezeichnet werden. Diese Unterscheidung dient - wie gesagt - nur zur Abgrenzung der zuordnenden SEen von der reinen, negierenden SE; durch sie wird daher die Eigenschaft der rein negierenden SE als Grunddelikt der Zuordnungsdelikte nicht angetastet.

V. Ergebnis und Vorausschau

Das Wesen der SE als Eigentumsdelikt besteht also in einer rein negativen Enteignung.
Die SE kann jedoch - wie sogleich darzustellen - auch andere mit dem Deliktsobjekt Sache verbundene Rechte verletzen.
Eine allgemeine Umschreibung der SE müßte daher dahin lauten, daß die Natur der SE in der Negation einer mit dem Deliktsobjekt verbundenen Rechts- oder Interessenposition besteht.
In diesem Sinne soll nunmehr die grundsätzlich mögliche Reichweite der SE unter Klärung und Festlegung der für ihre Bestimmung notwendigen Begriffe untersucht werden.

B. Die grundsätzlich mögliche Reichweite der SE

I. Der objektive Tatbestand

1. Tatobjekt und geschütztes Rechtsgut

Wie die Zuordnungsdelikte bezieht sich die SE tatbestandsmäßig auf Sachen. Darauf weist bereits ihr Name hin[1]. Auch das vereinzelt gebrauchte Wort "Besitzentziehung"[2] weist auf eine Sache hin, da Besitz nur an Sachen möglich ist (§§ 854 ff BGB).

Wenn das Strafrecht das Eigentum an Sachen schützt, so gewährt es diesen Schutz einem im Zivilrecht beheimateten, also von dessen Wertungen abhängigen Rechtsgut. Dementsprechend muß das Strafrecht seinen Bewertungen der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Verletzungen des Eigentums an Sachen die zivilrechtlichen Wertungen zugrunde legen. Daher wird hier unter Anlehnung eines spezifisch strafrechtlichen Sachbegriffs[3] im Einklang mit

---

1) vgl. etwa Welzel § 46 2 a; Dreher § 303 Anm. 2 A d; Schönke-Schröder § 242 Anm. 56

2) Maurach BT § 25 II A 2

3) so insbes. Wolf (S. 44 ff) "kultureller Sachbegriff"; vgl. dazu auch u. S. 46 ff

der h. M.[1] für die Eigentumsdelikte und verwandte Delikte der zivilrechtliche Sachbegriff zugrunde gelegt.
Es gibt bewegliche und unbewegliche Sachen (§§ 925 ff, 929 ff BGB). Somit bieten sich für eine Rechtsgutsverletzung durch SE grundsätzlich Mobilien und Immobilien an[2].
Da die Entziehung von Mobilien aufgrund der Mobilität dieser Gegenstände die Entziehung von Immobilien an Bedeutung weit überragt, wird zuerst auf die SE von Mobilien eingegangen.
Wie gesagt sind auch die mit einer Sache verknüpfbaren Rechtspositionen bzw. -interessen als geschütztes Rechtsgut der SE denkbar.
Neben dem Eigentum als dem umfassendsten Recht bezüglich einer Sache kommen sonstige private Rechtspositionen (z. B. dinglicher oder obligatorischer Art) oder Interessen als Schutzgüter in Betracht. Schutzgut können auch öffentlich-rechtliche Positionen (z. B. amtlicher Gewahrsam) sein. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchungen soll jedoch vornehmlich auf die SE im System der Delikte, welche privatrechtliche Positionen, insbesondere das Eigentum schützen, eingegangen werden. Daher wird die SE zum Schutz öffentlich-rechtlicher Positionen zwar zur Abrundung des Bildes mit einbezogen[3], jedoch nicht näher abgehandelt.
Der hervorragenden Rolle des Eigentums unter den mit einer Sache in Zusammenhang stehenden Rechten gemäß wird die SE als Eigentumsdelikt zuerst untersucht. So werden sich die folgenden Erörterungen

---

1) z. B. Dreher § 303 Anm. 1 u. § 242 Anm. 1 A;
Jagusch § 303 Anm. 2 u. B I 1 vor § 242;
Lackner-Maassen § 242 Anm. 2 c;
Maiwald S. 120 ff;
Mezger-Blei § 55 I 1 u. § 46 1 a;
Mühlmann-Bommel § 303 Anm. 2 u. § 242 Anm. 2;
Nagler § 303 Anm. II u. Anm. III vor § 242;
Peter S. 41 f;
Petters-Preisendanz § 242 Anm. IV;
Säftel S. 69 (m. w. N.)
Schönke-Schröder § 303 Anm. 1 u. § 242 Anm. 1;
Welzel § 51 I 1 a u. § 46 1 a

2) s. u. S. 195 f

3) insbes. S. 73 ff

zunächst nur mit der gegen das Eigentum gerichteten SE beschäftigen. Danach ist der gegen andere Rechtsgüter gerichteten SE ein besonderer Teil gewidmet[1].

2. Tathandlung

a) Grunddefinition

Die Tathandlung der SE enthält wie die tatbestandskonstruktiv vergleichbaren Zuordnungsdelikte[2] eine faktische Enteignung. Diese Enteignung kommt darin zum Ausdruck, daß sich der Täter eine Herrschaft über die Sache, als körperlichen Gegenstand[3] - sozusagen über den Sachkörper - anmaßt[4], welche die Eigentümerstellung lediglich verneint.
Während diese negative Enteignung bei den Zuordnungsdelikten nur ein Element der positiven Zuordnung darstellt, erschöpft sich die SE im reinen, bloßen Enteignen. Während also Zueignen die "Herstellung der eigentümerähnlichen Herrschaft über die fremde Sache"[5] bedeutet, läuft die SE nur auf eine, den Eigentümer in seiner Position faktisch ausschließende Herrschaft über die Sache hinaus.

Das oben umschriebene Enteignen der SE kann man daher bezeichnen als "Herstellung einer reinen Ausschlußherrschaft über die Sache".
Deutlicher umschrieben wäre SE: Die Anmaßung einer Beherrschung des Sachkörpers, welche allein den faktischen Ausschluß des Eigentümers[6] aus seiner Rechtsposition bewirkt.

Durch die Ausschlußherrschaft des Täters über den Sachkörper muß der Eigentümer aus seiner Position faktisch verdrängt werden. Diese Verdrängung des Eigentümers kann dauernd oder vorübergehend sein[7].

---

1) vgl. S. 179 ff
2) s. o. S. 4 ff
3) Welzel § 46 1 a
4) vgl. Schönke-Schröder § 242 Anm. 45
5) Welzel § 46 2 a
6) oder des Trägers sonstiger Rechtspositionen s. u. S. 179 ff
7) vgl. dazu [illegible] ff

Dabei ist es für das Wesen der SE ohne Bedeutung, ob der Täter während der Zeitspanne der Enteignung die Herrschaft über die Sache ausübt oder nicht; ob er also z. B. ein Boot bei sich versteckt hält oder ob er es ins Ungewisse davontreiben läßt. Entscheidend ist nur, daß aufgrund einer Herrschaftsausübung des Täters über den Sachkörper der Ausschlußzustand hergestellt wurde. Daher genügt auch ein einmaliges Einwirken aufgrund einer augenblicklichen Beherrschungsmöglichkeit; z. B. der Täter schießt aus beträchtlicher Entfernung das Tau, welches das Boot am Landepfahl hält, entzwei, so daß das Boot davontreibt. In diesem Sinne will der Begriff "Herstellung einer Ausschlußherrschaft" verstanden werden. Im Blick auf die Zuordnungsdelikte wäre zu betonen, daß diese Herrschaft unmittelbar auf den Sachkörper bezogen und daher rein tatsächlicher Natur ist. Sie ist deshalb nicht notwendigerweise mit Gewahrsam, dem wertende Momente innewohnen, verbunden; dies zeigte das zuvor angeführte Beispiel.

b) Abgrenzung zu anderen reinen Enteignungsdelikten

Grunddelikte, welche die reine Enteignung des Eigentümers zum Inhalt haben, sind außer der SE lediglich die Sachbeschädigung bzw. -zerstörung. Der ursprünglichste und typischste Fall der Sachbeschädigung ist die Beeinträchtigung der Brauchbarkeit durch Verletzung der Substanz (z. B. Zerbrechen eines Holzgegenstandes). Dabei ist der Begriff "Substanz" vernünftigerweise nicht schlechthin als die Materie in ihren einzelnen Elementarteilchen zu verstehen. Da es sich um die Substanz einer Sache handelt, ist der Begriff Substanz vom Sachbegriff her zu sehen. Auch im Strafrecht stellt die Sache einen körperlichen Gegenstand i. S. d. Privatrechts dar[1].

---

1) s. o. S. 7 f

Mit Sachsubstanz ist daher die die Körperlichkeit der Sache bildende Agglomeration von Materie gemeint; entsprechend ist die "Verletzung" dieser Sachsubstanz zu verstehen. Die Agglomeration und damit die Sachsubstanz ist jedoch verletzt, wenn z. B. von einer Holzstatue ein Teil abgebrochen wurde[1].

Die Agglomeration muß auch als verletzt angesehen werden, wenn ihre Konstellation, d. h. die räumliche Lage der (Elementar-)Teile verändert wird. Dies kann etwa durch Magnetisieren oder auch durch einfaches Verformen der Substanz (z. B. Verbiegen einer Brille, eines Schlüssels) geschehen. Da eine "Substanzverletzung" vorliegt, handelt es sich bei den Fällen der Konstellationsveränderung um Sachbeschädigungen.

Desgleichen ist für eine Zerstörung der Sache nicht eine Vernichtung der Substanz im naturwissenschaftlichen Sinne notwendig. Eine "Substanzvernichtung" liegt entsprechend dem hier verwendeten Substanzbegriff vielmehr dann vor, wenn die völlige Aufhebung der Brauchbarkeit der Sache auf dem Wege über eine Verletzung der Agglomeration der Materie erfolgte. Das Argument, eine Substanzvernichtung sei nicht denkbar[2], läuft daher ins Leere.

Während, wie gesagt, die Sachbeschädigung typischerweise unter Substanzverletzung erfolgt, ergibt ein tatbestandskonstruktiver Vergleich der SE mit den Zuordnungsdelikten, daß die SE wesensgemäß ohne Substanzverletzung erfolgt. Denn auch bei den Zuordnungsdelikten, welche als Weiterentwicklungen des Grunddelikts SE erscheinen[3], bietet sich die Sache nach dem Delikt substantiell unverletzt dar.

---

1) speziell zur Sachzerlegung s. u. S. 66 ff

2) so z. B. Maurach BT § 25 II A 2

3) s. o. 4 f

Entscheidend ist jeweils allein der faktische Ausschluß des Eigentümers aus seiner Rechtsposition, wobei bei den Zuordnungsdelikten die Herstellung einer Quasi-Eigentümerstellung hinzukommt. Obgleich der eingehenden Untersuchung des Verhältnisses zwischen SE und Sachbeschädigung im Anschluß ein besonderes Kapitel gewidmet ist[1], kann somit hier bereits folgendes zur Abgrenzung gesagt werden: Fälle der Substanzverletzung stellten grundsätzlich keine SEen dar, sondern sind Sachbeschädigungen. Offen bleibt, ob die SE, die sich in diesem Punkt von den ursprünglichsten Fällen der Sachbeschädigung unterscheidet, nicht ganz oder teilweise von einem möglicherweise weiteren, über die Substanzverletzung hinausgehenden Einzugsbereich der Sachbeschädigung, insbesondere in Form des § 303 StGB, erfaßt wird.

c) Die Begehungsformen

Tatbestandskonstruktiv - im Blick auf die Zuordnungsdelikte - kommen für die SE zwei Arten der Tathandlung in Betracht: Einmal das auf die verschiedenste Art und Weise begehbare Enteignen schlechthin, entsprechend dem Unterschlagen. Zum anderen das Enteignen einer in fremdem Gewahrsam befindlichen Sache, entsprechend der Wegnahme[2].

---

1) s. u. S. 24 ff

2) Peter (S. 117) meint demgegenüber, daß nur das Wegnehmen infrage käme; denn: "Die Sachentziehung ist in dieser Hinsicht mit dem Diebstahl und nicht mit der Unterschlagung verwandt." Diese unbewiesene Behauptung widerspricht jeglicher systematischen Betrachtungsweise. Peter gibt das indirekt auch zu, indem er anschließend die fehlende Strafwürdigkeit des Vorenthaltens darzulegen versucht (vgl. auch u. S. 148). Das wäre jedoch unnötig, wenn das Vorenthalten bereits aus begrifflich-systematischen Gründen keine Form der SE sein könnte.

So kann A dem B eine Sache, etwa die Habilitationsunterlagen oder ein Gerät, welches B dem A aus irgendwelchen Gründen vorübergehend überlassen hatte, nicht herausgeben; A kann dem B die Habilitationsunterlagen bzw. das Gerät auch einfach wegnehmen. Tut A dies jeweils mit dem Willen zu enteignen, so liegt in beiden Fällen eine SE vor.
Bereits die Einfachheit und Kürze des Beispiels der Wegnahme gegenüber dem der Nicht-Herausgabe zeigt, daß die SE durch Wegnahme den lebensnäheren Fall bildet. Es verhält sich hier wie bei den Zuordnungsdelikten, wo die Tatbegehung durch Wegnahme, gegenüber der Unterschlagung ebenfalls den ursprünglicheren Ausgangspunkt einer lebensnahen Betrachtung bildet[1].
Diese Betrachtung ist lebensnah, weil sie vom Normalfall ausgeht, daß sich die im Eigentum stehende Sache auch beim Eigentümer befindet. Daher ist der anschaulichste Grund, warum eine Sache dem Eigentümer nicht zur Verfügung steht, der, daß sie dem Eigentümer weggenommen wurde. Die Eigentumsverletzung ist hier am einfachsten festzustellen. Denn bereits durch das Wegnehmen wird der Eingriff denkbar scharf verdeutlicht. Deshalb soll im folgenden jeweils zuerst auf das Wegnehmen eingegangen werden.[2]

---

1) vgl. Maurach BT § 26 I B 1 (Diebstahl vor Unterschlagung)

2) vgl. z. B. die Reihenfolge der §§ 10 - 13

d) Die Entziehung unter Bruch fremden Gewahrsams (Das "Wegnehmen")

Der Entziehung einer in fremdem Gewahrsam befindlichen Sache entspricht bei den Zuordnungsdelikten der Diebstahl. Bei der SE wie beim Diebstahl muß die Sache weggenommen werden. Das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme ist jedoch in beiden Fällen von unterschiedlicher Bedeutung.
Diebstahl läuft auf Zueignung hinaus. Sie liegt vor, wenn der Dieb oder ein Dritter sich der Sache wie ein Eigentümer bedienen können[1]. Dafür benötigen sie eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache, die beim Diebstahl mit dem Gewahrsam an der Sache verbunden ist. Wegnahme beim Diebstahl bedeutet daher Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams.
Die SE erschöpft sich dagegen in der bloßen Enteignung. Während Zueignung erst mit Begründung neuen Gewahrsams vorliegt (so § 242), genügt für die Enteignung bereits der Bruch des ursprünglichen fremden Gewahrsams. Während daher Diebstahl die mit dem Gewahrsamsbruch vollzogene Enteignung durch die Begründung neuen Gewahrsams zur Zueignung weiterentwickelt, bleibt die SE bei der Enteignung stehen.

"Wegnahme" bedeutet hier also nur Gewahrsamsbruch[2],[3]. Um diesen Unterschied zu betonen, wird im Rahmen der folgenden Erörterungen bezüglich der SE von "Wegnehmen" statt von "Wegnahme" - wie bei den Zuordnungsdelikten[4] - die Rede sein. Eine Begründung neuen Gewahrsams kann allerdings zum Gewahrsamsbruch, unbeschadet des Deliktscharakters der SE, als reines Enteignungsdelikt hinzutreten, da hiermit keine Zuordnung verbunden sein muß.

---

1) vgl. Welzel § 46 2 a

2) "Gewahrsam" i. S. d. Zueignungsdelikte; vgl. etwa Welzel § 48 2 a

3) vgl. auch E 62 Begr. vor § 235 S. 399

4) z. B. Schönke-Schröder § 242 Anm. 27; Dreher § 242 Anm. 2; Welzel § 48 2

e) Die allgemeine Entziehung (Das "Vorenthalten")

aa) Grundsätzliches

Bei der allgemeinen Entziehung von "Unterschlagen" zu sprechen, verbietet sich, da dieser Begriff zu stark mit dem Merkmal der Zueignung verwoben ist. Deshalb findet weitgehend der Begriff "Vorenthalten" Verwendung[1].

Das Vorenthalten, die faktische Enteignung, ist ebenso wie ihre Weiterentwicklung bei den Zuordnungsdelikten, die die Enteignung enthaltende Zuordnung, "kein rein innerer Vorgang"[2]. "Der bloß innerlich bleibende Willensentschluß" reicht nicht aus[3]. Der Wille, die Sache faktisch zu enteignen, muß vielmehr "durch eine nach außen erkennbare Handlung"[4] manifestiert werden. Enteignung ist demnach die Betätigung des Enteignungswillens in objektiv erkennbarer Weise[4]. Das bloße Untätigsein reicht nicht aus, es sei denn, eine Herausgabepflicht besteht und die Untätigkeit beruht erkennbar auf dem Enteignungswillen und nicht nur auf Nachlässigkeit oder Bequemlichkeit[5],[6].

Das kommt auch bereits in der hier vorgeschlagenen Definition der SE zum Ausdruck, wonach zur SE die Anmaßung einer ausschließenden Beherrschung erforderlich ist.

Die Forderung nach einer deutlichen Manifestation des Enteignungswillens für ein strafrechtlich relevantes Vorenthalten erklärt sich folgendermaßen. Während beim Wegnehmenden der deliktische Vorsatz mit dieser Handlung regelmäßig unzweifelhaft kundgetan ist, ergeben sich bei mehreren Fallgruppen des Vorenthaltens Schwierigkeiten. Denn einmal stimmen viele Verhaltensweisen eines Dritten bezüglich einer

---

1) z. B. so bereits VE 09 S. 808; weiterhin etwa E 62 Begr. S. 421, Maiwald S. 139 f
2) so Schönke-Schröder im Rahmen des § 246 (Anm. 11)
3) Welzel § 47 1 b
4) so Schönke-Schröder aaO
5) vgl. entsprechend Welzel aaO m. w. N.
6) Damit erledigt sich der Einwand Säftels (S. 165), daß bei Pönalisierung des Vorenthaltens sogar strafbar werde, wer nur die Rückgabefrist versäume.

Sache, welche für den Berechtigten die Wirkungen des Vorenthaltens haben, mit schuld- oder sachenrechtlich rechtmäßigen Verhaltensweisen überein, so daß nur der eindeutig geäußerte Wille des Dritten Aufschluß über seine etwaige deliktische Einstellung geben kann. Zum anderen gibt es zahlreiche Vorenthaltungen, bei denen der Sachherrschaftsinhaber sich zwar rechtswidrig verhält, indem er die Sache dem Eigentümer nicht (wieder) zuführt, dies jedoch nicht mit Enteignungswillen, sondern nur aus Nachlässigkeit unterläßt. So kann z. B. der Finder, der die gefundene Sache in seinen Tresor schließt, dies im Sicherungsinteresse des Eigentümers mit Rückgabevorsatz, aber auch mit reinem Enteignungsvorsatz tun. Unterläßt er daraufhin die nach § 965 BGB gebotene Anzeige, so kann dies auf Grund eines ursprünglichen oder nach dem Verschließen gefaßten Enteignungsvorsatzes oder auch nur aus Nachlässigkeit geschehen. Solange daher die Vorstellungen des Täters, hier des Finders, über sein Verhalten bezüglich der Sache nur in seiner Psyche bleiben, kann von einer strafrechtlich relevanten SE durch Vorenthalten "keine Rede" sein. Vielmehr ist ein positives, den Enteignungswillen kundgebendes Tun erforderlich.
Dabei wird man auf die Eindeutigkeit der Kundgabe bzw. Manifestation Wert zu legen haben. Eine eindeutige Manifestation wird z. B. in folgenden Fällen vorliegen:

1. Ernstliche, unmißverständliche Erklärung, insbesondere an den Eigentümer, ihn aus seiner Rechtsposition faktisch zu verdrängen.
2. Ableugnen des Besitzes.
3. Das Sich-der-Sache-Entledigen (z. B. Abtreibenlassen eines Bootes).

bb) Das "einfache" und das "veruntreuende" Vorenthalten

Auch bei der SE ist parallel zu den Zuordnungsdelikten[1] neben dem einfachen Vorenthalten ein ver-

---

1) vgl. bei § 246 das einfache u. das veruntreuende Unterschlagen

untreuendes Vorenthalten besonders zu berücksichtigen. Auch hier sind anvertraut solche Sachen, an denen dem Täter "die tatsächliche Verfügungsgewalt in der Erwartung eingeräumt worden war, daß er diese nur i. S. des Anvertrauenden ausüben würde (RG 4,386)"[1]; sowie z. B. bei Eigentumsvorbehalt, Verwahrung, Leihe, Miete[1].
Entsprechend den Verhältnissen bei den Zuordnungsdelikten muß hier die Gewahrsamserlangung der SE vorangehen.

f) Ablehnung anderer Terminologien

Die hier gebrauchte Terminologie sieht als Begehungsformen des Entziehens das Wegnehmen sowie das Vorenthalten an.
Soweit überhaupt Begehungsformen der SE unterschieden werden, schlägt nur Maiwald[2] eine andere Unterscheidung vor. Das Wegnehmen bezeichnet er als Entziehungen; den Begriff Vorenthalten gebraucht er in Übereinstimmung mit den vorliegenden Erörterungen. Bei Maiwalds Terminologie haben beide Begriffe keinen gemeinsamen Oberbegriff mehr und stehen beziehungslos neben einander. Wollte Maiwald dagegen das Entziehen als Oberbegriff des Vorenthaltens auffassen, so würde er das Qualifikationsverhältnis zwischen beiden Begriffen - Wegnehmen ist das durch Gewahrsamsbruch qualifizierte Vorenthalten - in sein Gegenteil umkehren.
Da nichts Wesentliches ersichtlich ist, was für die Auffassung Maiwalds spräche, muß sie abgelehnt werden.
Die SE wird teils "Besitzentziehung"[3] genannt.
Die faktische Beeinträchtigung des Berechtigten mag

---

1) so Maurach BT § 27 II B; auch Dreher § 246 Anm. 8 A

2) S. 140 (o.)

3) vgl. Maurach BT § 25 II A 2; Otto S. 164: "bloße Sachentziehung, wenn es dem Täter nur darauf ankommt, den Berechtigten um den Besitz an seiner Sache zu bringen;" - Noll SchwZStr (84, 359), der die SE als Vermögensdelikt konzipiert.

zwar oft in der Entziehung des Besitzes bestehen. So kann der unmittelbare Besitz durch Gewahrsamsbruch und selbst der mittelbare Besitz durch Lossagung vom Besitzmittlungsverhältnis[1] "entzogen" werden. SE ist aber auch an besitzlosen Sachen möglich; z. B.: der Finder der verlorenen Sache hält sie bei sich, damit der Eigentümer sie nicht wieder erlangt. Hier war eine Besitzentziehung unmöglich. Entzogen wurde allenfalls die Möglichkeit, irgendeine Art von Besitz wieder zu begründen. Daher ist die Bezeichnung "Besitzentziehung" als zu eng abzulehnen.

3. Die SE und die Merkmale "dauernd" und "vorübergehend"

a) Die Unterscheidung der Merkmale "dauernd" und "vorübergehend"

Eine Sache kann dem Eigentümer faktisch für immer und für alle Zeit (bzw. dauernd) oder nicht für immer (bzw. vorübergehend) entzogen sein[2]. So kann z. B. die Sache, welche der Täter versteckte, dem Eigentümer für alle Zeit verloren sein; der Täter kann sie jedoch auch dem Eigentümer nach einiger Zeit wieder zukommen lassen. Diese Unterscheidung bietet sich schon deshalb an, weil eine dauernde SE grundsätzlich ungleich gewichtiger ist als eine vorübergehende. Dabei stellt sich die dauernde SE als ein plus gegenüber der vorübergehenden SE dar.

b) Dauernde SE bei vorübergehendem Entzug

Es gibt jedoch auch vorübergehende SEen, die rechtlich den dauernden gleich zu erachten sind. Zur Verdeutlichung mag ein Blick auf die ähnliche Rechtslage bei den Zuordnungsdelikten dienen. Das furtum usus kann, obgleich es nur auf vorübergehenden Gebrauch angelegt ist, zu einer Aushöhlung des Sachwertes führen, so daß das deliktische Verhalten dem eines Zueignungsdelikts gleichkommt. So vor

---

1) vgl. etwa Soergel-Mühl § 868 Anm. 25

2) vgl. Schönke-Schröder § 242 Anm. 51

allem, wenn der Gebrauch praktisch dazu führt, daß die Sache ihren Wert für den Eigentümer verliert. Dann liegt nicht nur ein furtum usus vor, sondern eine Zueignung[1]. So etwa, wenn der Täter T dem Eigentümer E die Unterlagen für die Habilitationsschrift vorübergehend wegnimmt, um näheres über die Forschungen des E zu erfahren. Das Lesen der Unterlagen stellt ein Gebrauchen dar. Soll dieser Gebrauch so lange dauern, daß E genötigt ist, die Unterlagen erneut anzufertigen, so liegt Diebstahl vor. Denn E konnte keinen Nutzen mehr aus der bereits geleisteten Arbeit ziehen.
Bei sonst gleichem Sachverhalt kann T die Unterlagen[2] jedoch auch allein deshalb wegnehmen, um sie der Zugriffs- bzw. Verwendungsmöglichkeit des E zu entziehen. Dabei sind die Folgen für E, was die Intensität der Eigentumsverletzung anbelangt, die gleichen. Auch hier kommt der vorübergehende Entzug dem dauernden praktisch gleich. Entsprechend der Betrachtungsweise bei den Zuordnungsdelikten sind derartige vorübergehende SEen rechtlich als dauernde SEen anzusehen.

c Die Fassung der Merkmale "dauernd" und "vorübergehend" in einem gesetzlichen Tatbestand

Zu untersuchen wäre nun, wie die Unterscheidung zwischen dauernder und vorübergehender SE in einem gesetzlichen Tatbestand zum Ausdruck gebracht werden könnte. Vorübergehend entzogen ist eine Sache bereits dann, wenn das Wegnehmen bzw. Vorenthalten vollendet ist, d. h. mit der Manifestation des Entziehungswillens. Diese ist nach außen, also objektiv erkennbar[3]. Das Merkmal "vorübergehend" ist daher objektiv, und zwar als erfolgsbeschreibendes Merkmal zu verstehen. Ein Tatbestand der SE könnte etwa lauten: "Wer ... vorübergehend wegnimmt oder vorenthält, wird ...".

---

1) h. A. vgl. etwa Schönke-Schröder § 242 Anm. 53; Welzel § 46, 2 b

2) s. u. S. 107 Anm. 1

3) s. o. S. 15

Eine objektive Fassung des Merkmals "dauernd" erscheint jedoch wenig sinnvoll. Geht man davon aus, daß die SE immer währen müsse - streng objektive Auffassung[1] -, so ließe sich das Vorliegen einer dauernden SE nicht feststellen. Denn der Feststellende müßte in die Zukunft schauen können, um zu erkennen, ob der Eigentümer, welcher in der Person wechselt, der Sache für immer verlustig ging. Ansonsten lägen immer nur eine vollendete vorübergehende und eine versuchte dauernde SE vor. So wenn der Täter die wasserunempfindliche oder wasserdicht verpackte Sache ins Meer warf, und diese zufällig - etwa bei Forschungen auf dem Meeresboden - wieder aufgefunden und dem Eigentümer zugestellt wurde.

Insofern bietet es sich an, eine "gemildert objektive Auffassung" des Merkmals dauernd in Betracht zu ziehen. Danach wäre eine SE dann als objektiv dauernd anzusehen, wenn die Sache so entzogen wurde, daß es nach den Erfahrungen des täglichen Lebens allein vom Zufall abhängt, ob der Eigentümer sie jemals zurückerlangt[2]. Somit wäre eine Feststellung des Merkmals dauernd nicht erst ex post, sondern bereits ex nunc möglich.
Aber auch dieses Verständnis des Merkmals dauernd bringt keine zufriedenstellende Lösung des Problems. Zwar erschiene nun die Sache auf dem Meeresboden als objektiv dauernd entzogen. Jedoch trifft die neue Definition nur Fälle, in welchen nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Täter jeden Einfluß auf die Rückgängigmachung des Entziehungszustandes verloren hat. Behält dagegen der Täter die Möglichkeit der Einflußnahme - z. B. die Sache befindet sich in seinem Herrschaftsbereich zur dauernden Entziehung oder der Täter hat die Sache an einem ihm zugänglichen Ort versteckt - so fehlt es an objektiven Merkmalen dafür, ob der Täter dauernd

---

1) Begriff des Verfassers; vgl. u. "gemildert objektive Auffassung"

2) ähnlich Westerburg S. 20 f

oder nur vorübergehend entziehen wollte. Eine Beschränkung des Tatbestandes auf die Fälle, in welchen der Täter den Einfluß auf die Sache verloren hat, wäre jedoch willkürlich und unsachgerecht. Ein Unterschied im Unrechtsgehalt zu den Fällen, in welchen der Täter den Einfluß behält, ist nicht erkennbar. Die gemildert objektive Auffassung des Merkmals dauernd ist daher abzulehnen.

Insgesamt ergibt sich demnach, daß das Merkmal dauernd in einer Gesetzesnorm subjektiv gestaltet werden muß[1].

Diesen Weg hat auch das StGB bei den Zuordnungsdelikten, deren Grunddelikt die SE ist, beschritten. Es fordert als objektives Merkmal die Wegnahme bzw. die objektiv erkennbare Manifestation des Zueignungswillens (§ 242 bzw. 246[2]). Da das Merkmal dauernd im Begriff der Zueignung enthalten ist, entscheidet es sich allein im Subjektiven, ob dieses Merkmal vorliegt. So ist der zunächst ehrliche Finder, der das Buch schließlich doch nicht zum Fundbüro bringt, sondern es in seine Bücherreihe mit Zueignungsabsicht einreiht, wegen vollendeter Unterschlagung strafbar, auch wenn das Buch einige Stunden später von der Polizei sichergestellt wird. Des gleichen bietet es sich für eine SE-norm an, als objektive Merkmale den Gewahrsamsbruch (beim Wegnehmen) bzw. die Manifestation des Entziehungswillens (beim Vorenthalten) zu fordern und das Merkmal dauernd subjektiv, d. h. als subjektiv täterschaftliches Handlungsmoment zu gestalten. Es könnte in einen Tatbestand, der in seinen Grundzügen etwa lautet: "Wer wegnimmt oder vorenthält wird ... bestraft" folgendermaßen eingefügt werden: "Wer eine fremde bewegliche Sache in der Absicht (oder: mit dem Wissen um ...; oder: mit dem Vorsatz[3] ...") dauernder Entziehung wegnimmt oder vorenthält, wird ... bestraft."

---

1) vgl. auch Maiwald S. 139, der sich allerdings mit einer subjektiven Auffassung des Merkmals dauernd begnügt; Rottmüller S. 53: "... und mit einer dauernden Entziehung rechnet ...".

2) vgl. Schönke-Schröder § 246 Anm. 11

3) vgl. hierzu sogleich u. S. 22

Die dem Wortlaut nach auf das Objektive abstellende Umschreibung "dauernde SE" wird daher im folgenden objektiv verstanden und den soeben genannten, auf das Subjektive abstellenden Umschreibungen - z. B. "SE mit dem Vorsatz dauernder Entziehung" - ausdrücklich gegenübergestellt.
Sollte die SE strafwürdig erscheinen, wenn bezüglich des Merkmals dauernd einfacher Vorsatz gegeben ist, dann müßte es möglich sein, im Tatbestand zum Ausdruck zu bringen, daß dieses Merkmal nicht objektiv, sondern subjektiv, und zwar von einfachem Vorsatz getragen vorliegen muß. Auf den einfachen Vorsatz wird am klarsten hingewiesen, wenn man das Wort "Vorsatz" ausdrücklich anführt.
Der Gebrauch des Wortes "Absicht" statt "Vorsatz" verbietet sich hier, um Mißverständnisse und Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden. Denn die Formulierung "Wer ... in der Absicht dauernder Entziehung wegnimmt ..." böte keinen Anhaltspunkt dafür, daß mit dem Begriff "Absicht" auch dolus eventualis gemeint ist. Gleiches gilt für die Umschreibung "mit dem Wissen um ...". Deshalb soll hier das Wort "Vorsatz" Verwendung finden. Dies steht nicht im Widerspruch zu § 15. Denn bezüglich des grundlegenden Tatbestandes "Wer ... wegnimmt, wird ... bestraft" erscheint das Wort "Vorsatz" nicht.

II. Der subjektive Tatbestand

SE kann mit allen drei Vorsatzarten (Absicht, dolus directus, dolus eventualis)[1] begangen werden. Wer z. B. irgendeine Umgrenzung, welche Tiere am Entweichen aus dem umgrenzten Bereich hindern soll - etwa die Tür eines Stalles, Geheges, Käfiges usf. - öffnet, handelt mit Entziehungsabsicht, wenn es ihm auf das Entweichen ankommt. Öffnet er die Umgrenzung zu anderen Zwecken, z. B. um etwas Bestimmtes zu erkunden, sieht aber gleichzeitig, das Entweichen als sicher voraus, so liegt dolus directus vor;

---

1) vgl. etwa E 62 §§ 16, 17

hält er das Entweichen nur für möglich und findet sich damit ab, begeht er SE mit dolus eventualis. Neben dem allgemeinen subjektiv täterschaftlichen Handlungsmoment[1] des Vorsatzes können besondere Momente dieser Art, etwa Nachteilsabsicht[2], vorliegen.

III. Die Fahrlässigkeit

Die soeben beim Vorsatz beschriebene SE kann der Täter auch fahrlässig begehen. Er läßt z. B. beim Offnen des Käfigs die erforderliche Sorgfalt außer acht, so daß das Tier entweichen kann und dem Eigentümer entzogen ist.

---

1) vgl. Welzel § 13 II

2) vgl. u. S. 127 ff

2. Teil Die Erfassung des SE-täters über das StGB

§ 2 Die Strafbarkeit des Grunddelikts SE und die Abgrenzung der SE von den Delikten des StGB, insbesondere der Sachbeschädigung

A. Das Fehlen einer Strafnorm mit dem Namen "SE"

SE bedeutet als Grunddelikt, d. h. in ihrer Grundform, die faktische Enteignung des Eigentümers durch Wegnehmen oder Vorenthalten einer Sache[1]. Die SE stellt somit eine Eigentumsverletzung dar. Das StGB enthält keinen Pauschaltatbestand der Eigentumsverletzung, sondern erklärt um der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit willen nur bestimmte Verhaltensweisen, welche das Eigentum verletzen, für strafbar.

Wenn daher die SE in ihrer Grundform im StGB enthalten ist, dann müßte sie unter den einzelnen Eigentumsdelikten zu finden sein. Ein Delikt mit dem Namen "Sachentziehung" oder einer anderen Bezeichnung für dieses Delikt enthält das StGB jedoch nicht.

B. Die mögliche Erfassung der SE als besondere Begehungsform eines anderen Eigentumsdelikts

Die SE könnte jedoch unter anderem Namen oder in versteckter Form bei einem ähnlichen Eigentumsdelikt als dessen besondere Begehungsform erfaßt sein. Grunddelikte, welche sich mit der Verletzung des Eigentums befassen, sind im StGB allein die Zueignungsdelikte sowie die Sachbeschädigung (§ 303).

I. Die Zueignungsdelikte

Durch die Zueignungsdelikte wird die - rein negierende - SE nicht erfaßt. Denn es fehlen positive zuordnende Merkmale[2].

---

1) s. o. S. 9 ff, 12 f
2) s. o. S. 4 ff

II. Die Sachbeschädigung

1. Problemstellung

Wie bereits festgestellt, sind die typischsten und ursprünglichsten Fälle der Sachbeschädigung die Substanzverletzungen[1]. Die SE besteht jedoch nicht in einer Substanzverletzung[1].
Für die Frage, ob die SE in § 303 pönalisiert ist, kann es daher nur darauf ankommen, ob der Begriff "eine fremde Sache beschädigen" des § 303 auf Substanzverletzungen beschränkt ist, und wenn nein, ob sein weiterer Einzugsbereich die SE umfaßt.
Um den fraglichen Begriff des § 303 erfolgreich auslegen zu können, empfiehlt sich zuvor eine Feststellung des hinter der Strafnorm stehenden und von ihr geschützten Rechtsgutes[2], da die Bedeutung der Tatbestandsumschreibungen unter dem Aspekt der Schutzrichtung Veränderungen unterliegen kann.
Für diese Feststellung des geschützten Rechtsgutes ist eine Auslegung der betreffenden Norm, hier des § 303, erforderlich. Dafür stehen neben der grammatischen bei Zweifeln die systematische, die historische sowie die teleologische Auslegung zur Verfügung[3].

2. Das geschützte Rechtsgut[1]

a) Grammatische Auslegung

Sowohl bei der Sachbeschädigung als auch bei der SE sind fremde bewegliche Sachen das Objekt der Handlung.
"Beschädigen" und "Zerstören" sind Verletzungshandlungen, welche sich gegen Objekte verschiedenster Art und Qualität richten können.

---

1) s. o. S. 10 ff

2) vgl. Schönke-Schröder § 2 Anm. 38 "Feststellung des Schutzobjektes"

3) vgl. insbes. Engisch, Einführung, 4. Kap. S. 63 ff u. 71 ff
auch Schönke-Schröder § 2 Anm. 31 ff

4) vgl. Schönke-Schröder § 2 Anm. 37 f, m. w. N.

In § 303 richten sie sich - von Immobilien abgesehen - gegen "eine fremde (bewegliche) Sache". Das bedeutet, die Sache muß ganz oder zum Teil im Eigentum eines anderen stehen[1].
Auf sonstige schützenswerte Rechtsgüter bzw. -interessen, z. B. das Vermögen, weist dieser Wortlaut nicht hin. So liefe es etwa dem Wortsinn "eine fremde Sache beschädigen" zuwider, darunter auch das Vereiteln einer Verkaufschance für den Eigentümer zu verstehen.
Ebenso wie in §§ 242, 246 erscheint daher in § 303 das Eigentum - insbesondere im Unterschied zum Vermögen - geschützt[2].

b) Gegenmeinung

Demgegenüber wurde in den Jahrzehnten kurz vor und kurz nach dem Inkrafttreten des StGB vereinzelt der Standpunkt vertreten, § 303 schütze allgemein das Vermögen des Eigentümers, soweit es in Sachen verkörpert ist[3].
Da durch eine SE regelmäßig das Vermögen des Eigentümers vermindert wird - der Täter entwendet und verbirgt etwa ein Buch des Eigentümers auf unbestimmte Zeit -, fiele als Konsequenz dieser Meinung auch die SE unter § 303.
So meint Kohler[4] im Jahre 1911:
"Es ist ein ganz veralteter Standpunkt, die Sach-

---

1) vgl. etwa Schönke-Schröder § 303 Anm. 2; § 242 Anm. 6 Welzel § 51 I 1 a; § 46 1 c

2) so die h. M. vgl. etwa v. Ohlshausen Kom. § 303 Anm. 1; Schönke-Schröder § 303 Anm. 1; Lackner-Maassen § 303 Anm. 1 RGSt 13, 28; 39, 328, zum angeblichen Antragsrecht des dinglich oder persönlich Berechtigten, welches eine Schutzfunktion beinhaltet, s. u. S. 184 und 181

3) so etwa Kohler GA 54,1 (11); Rubo, Kommentar, § 303 Anm. 5; Merkel, LB 1. Aufl. S. 316; (a. A. z. B. bereits Schütze § 101 S. 149) unsicher noch Allfeld, LB, § 95 I Anm. 1; und auch RGSt 33, 117; - anders dann etwa v. Ohlshausen, Kom., § 303 Anm. 1;

4) Kohler aaO

beschädigung nur in der Substanzbeeinträchtigung zu erblicken. Die Sachbeschädigung ist die Beschädigung des Vermögens eines anderen durch Substanzbehandlung, und diese Substanzbehandlung kann auch darin liegen, daß man die Sache von ihm in der Weise entfernt, daß sie für ihn unbrauchbar wird."

c) Systematische Auslegungsgesichtspunkte

Dieser Meinung steht der - wie dargelegt - eindeutige Wortlaut und Wortsinn des § 303 entgegen, welcher vor Beschädigung oder Zerstörung einer fremden Sache, also des Eigentums, zu schützen bestrebt ist.

Eigentum an einer Sache ist jedoch ein anderes Rechtsgut, als das in Sacheigentum verkörperte Vermögen. Vermögen ist am Geld- bzw. Tauschwert einer Sache ausgerichtet, Eigentum begnügt sich mit der reinen Herrschaftsmacht, unabhängig von wirtschaftlichen Gesichtspunkten.

Dabei ist dem Gesetz der Unterschied zwischen Eigentums- und Vermögensverletzung durchaus geläufig. So trennt das StGB zwischen "fremder Sache" (etwa in §§ 242 ff; 249 - 252) und Vermögen (etwa in §§ 253, 263, 266, 272, 288).

Die ZPO vom 30.1.1877 macht einen Unterschied zwischen den Begriffen Vermögen (z. B. § 23) und Eigentum (z. B. § 24). Das gleiche gilt für das BGB; so gewährt z. B. § 826 "einen Ersatzanspruch bei bloßer Vermögensbeschädigung"[1], § 823 Abs. 1 jedoch - abgesehen von bestimmten anderen Rechtspositionen - nur bei Beschädigungen des Eigentums.

Ein Vergleich der Umschreibungen und Unterscheidungen im StGB hinsichtlich Eigentum ("fremde Sache") und Vermögen ergibt daher,

---

1) so Palandt-Thomas § 826 Anm. 1

daß der Begriff "fremde Sache" des § 303 StGB auf das Eigentum und nicht auf das Vermögen hinweist.

d) Historische Auslegung

Auch dem Gesetzgeber von 1870/71 war dieser Unterschied bewußt. So lag bei der Ausarbeitung des StGB für den Norddeutschen Bund in den letzten Jahren vor 1870 das Badische StGB von 1845 vor.
Es bestimmte in seinem § 570 unter dem Titel "Von anderen Beschädigungen fremder Sachen" folgendes: "Wer aus Bosheit, Rachsucht oder Eigennutz fremde Sachen beschädigt oder zerstört, oder auf andere Weise für den Eigentümer werthlos macht, wird, sofern die That nicht in ein anderes schwereres Verbrechen übergeht, von folgenden Freiheitsstrafen betroffen: ..."

In dieser Formulierung liegt die Betonung nicht auf der Sache als einer körperlichen, sondern auf dem Wert der Sache für den Eigentümer. Zwar knüpft diese Fassung noch an das Eigentum an, ansonsten jedoch spielt nicht mehr eine bestimmte Verhaltensweise im Bezug auf die Sache, sondern nur noch der Wert der Sache eine Rolle.

Die badische Fassung der Sachbeschädigung macht daher die Eigentumsverletzung von einer Vermögensverletzung abhängig und begnügt sich auf der anderen Seite mit der letzteren.

Dem Gesetzgeber von 1870/71 war das Badische StGB im einzelnen genau bekannt.

Er hat daher diese weite Ausgestaltung, wie das Reichsgericht[1] bemerkt, "offenbar bewußterweise in das Reichsstrafgesetzbuch nicht aufgenommen". Das geht auch daraus hervor, daß sich der E 1870[2] in einer vergleichenden "Zusammenstellung strafrechtlicher Bestimmungen deutscher und außerdeutscher Gesetzgebungen" eingehend mit dem Badischen

---

1) RG 13, 28 a. E.

2) Aktenstücke, Anlage 1 BT Titel XXIV S. CXXIX

StGB befaßt; so führt er etwa die §§ 400 ff, "Von der Unterschlagung", aus dem Badischen StGB an. Einen derartig allgemeinen Tatbestand, wie ihn § 570 des Badischen StGB darstellte, hatte der Gesetzgeber daher bewußt nicht übernehmen wollen und sich für die enge Umschreibung des "Beschädigen" oder "Zerstören" entschieden.

Diese enge Umschreibung der deliktischen Verhaltensweisen in Verbindung mit dem Deliktsobjekt "fremde Sache" läßt keinen Zweifel mehr daran, daß der Gesetzgeber mit § 303 StGB den Schutz des Eigentums und nicht den des Vermögens bezweckte.

Daß die Sachbeschädigung als nur gegen das Eigentum gerichtet betrachtet wurde, kommt auch darin zum Ausdruck, daß der E 1870 (§ 300) und mit ihm das StGB für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 (§ 303) den im Preußischen StGB von 1851 gebrauchten Begriff "Vermögensbeschädigung" (26. Titel, § 281) durch "Sachbeschädigung" ersetzt hatten.

Dessen ungeachtet ist jedoch in den Motiven zum E 1870 noch von "Vermögensbeschädigung" die Rede. Man hatte sich offenbar noch nicht klar genug vor Augen geführt, daß man sich mit dem uneingeschränkten Schutz des Eigentums gegen Beschädigung von jeglichen materiellen Vermögensgesichtspunkten abgewandt und auch Eigentum von ausschließlich immateriellem Wert[1] in den Schutz miteinbezogen hatte.

Die Schwierigkeiten, sich von der vermögensmäßigen Betrachtungsweise zu lösen, lassen sich geschichtlich erklären.
Die Sachbeschädigung war im römischen, germanischen und deutschen Recht des Mittelalters in der Regel nur mit zivilrechtlichen Sanktionen verbunden[2].
Da diese Sanktionen in Naturalrestitution oder finanziellem Schadenersatz bestanden, war es not-

---

1) vgl. Schönke-Schröder § 303 Anm. 3

2) vgl. etwa Binding BT § 65, 1; Berner, LB, 26. Abschnitt, S. 534

wendig als Äquivalent auf der Verletztenseite einen finanziell ausdrückbaren Schaden feststellen zu können.

Dieses bewußte oder unbewußte Bild einer finanziell ausdrückbaren Äquivalenzbeziehung zwischen Schaden und Ersatz mag die Vorstellungen von den Voraussetzungen einer relevanten Eigentumsverletzung noch beeinflußt haben, als diese bereits in den strafrechtlichen Bereich übernommen worden war. So machte es das "Baierische" StGB von 1813 in § 383 noch vom Erreichen einer bestimmten Schadenssumme abhängig, ob die Sachbeschädigung als Straftat oder "bloß als Polizeiübertretung"[1] betrachtet wurde.

Abgesehen von der Beschädigung landwirtschaftlichen Eigentums (§ 385) oder von Grenzzeichen (§ 386) galt für Sachbeschädigung folgendes:

"Vorsätzliche, rechtswidrige, Zerstörung oder Beschädigung fremden Eigentums soll, wenn der Schaden 50 Gulden oder darüber beträgt ..." (§ 383 Baierisches StGB).

Gerade angesichts dieser verschiedenen, dem Gesetzgeber vor Augen stehenden Möglichkeiten und Wertungen ist seine Entscheidung in § 303 StGB, trotz noch bestehender Begriffsunsicherheiten, als um so klarer und eindeutiger für das Eigentumsobjekt "fremde Sache" und nicht für das Vermögen ausgefallen, zu bewerten.

Insofern muß die Sachbeschädigung nach historischer Auslegung des § 303 als reines Eigentums- und nicht als Vermögensdelikt angesehen werden.
Das bedeutet, daß insoweit die SE nicht in § 303 erfaßt ist.

---

1) Anmerkungen zum StGB für das Königreich Baiern 3. Bd. S. 241 (Stichwort "Baiern")

e) Teleologische Auslegung

Innerhalb des Wortlautes, an den eine Auslegung im Strafrecht durch das Analogieverbot des § 2 I gebunden ist[1], kann der Sinn, die ratio, der Formulierung "eine fremde (bewegliche) Sache" nur darin gesehen werden, daß das Gesetz fremdes Eigentum schützen will.

Die sich gegenständlich auswirkenden Beschädigungen oder Zerstörungen von Sachen sind so zahlreich und gewichtig, daß es gerechtfertigt ist, diese in einer besonderen Vorschrift unter Strafe zu stellen.

Enthält das Gesetz aber angesichts der strafrechtlichen Gewichtigkeit der Beschädigung von Eigentum - im Gegensatz zur Beschädigung von Vermögen - die klare Umschreibung "fremde Sache", so würde es Sinn und Zweck der Norm zuwider laufen, und über diese hinausgehen, wollte man unter "fremde Sache" das "fremde Vermögen, soweit es in Sachen verkörpert ist" verstehen.

Auf der anderen Seite wäre diese Auffassung viel zu eng, da sie fremde Sachen ohne Vermögenswert ohne einleuchtenden Grund aus dem Schutz des § 303 ausschlösse. Ebenso generell wie etwa § 903 BGB das Eigentum unabhängig vom Vermögenswert schützt, ebenso uneingeschränkt muß § 303 verstanden werden.

f) Ergebnis

Alle Auslegungsarten laufen eindeutig auf dasselbe Ergebnis hinaus:
Sachbeschädigung schützt nur das Eigentum und zwar ohne Rücksicht auf vermögensrechtliche Gesichtspunkte.

Die Begriffe "Beschädigen" oder "Zerstören" können daher nur vom Eigentum an einer Sache her verstanden werden.

---

1) vgl. Schönke-Schröder § 1 Anm. 31

Die Meinung Kohlers[1], der, vom geschützten Rechtsgut "Vermögen" ausgehend, die Verletzungshandlung als "Substanzbehandlung" sieht, worunter auch das Entziehen der Sache gefaßt werden könnte, ist daher abzulehnen.

3. Der Einzugsbereich des Begriffes "eine Sache beschädigen"

a) Grammatische Auslegung

Für die Auslegung ist - besonders im Strafrecht - der Wortlaut Ausgangspunkt und Grenze[2].
Dem im Verhältnis eindeutigen und klaren Wortlaut nach[3] ist eine Sache nur dann beschädigt, wenn an ihr, am Eigentumsobjekt[4], d. h. am Sachkörper, ein Schaden festzustellen ist. Es muß daher nach jeder Sachbeschädigung möglich sein, am Sachkörper einen Schaden nachzuweisen, welcher den Eigentümer in der Nutzung beeinträchtigt. Das gleiche gilt für die Sachzerstörung, da sich diese von der Beschädigung unbestrittenermaßen nur durch den größeren Umfang der Beeinträchtigung unterscheidet[5].

Wesentlich für eine Sachbeschädigung bzw. -zerstörung ist deshalb, daß die Verletzung des Eigentumsrechts in einer Verletzung des Sachkörpers, d. h. der Sachsubstanz[6], zutage tritt. Davon kann jedoch weder im Fall des Wegnehmens noch in dem des Vorenthaltens die Rede sein.

---

1) vgl. Kohler aaO

2) vgl. Heck zit. nach Engisch (Einführung) 7. Kap. S. 146; Schönke-Schröder § 2 Anm. 31 m. w. N.

3) vgl. etwa Frank § 303 II S. 713 - v. Ohlshausen Kom. § 303, 4 b

4) vgl. auch Schwartz Kom. § 303 Anm. 2 b

5) vgl. etwa Dreher 303, 2 B; Jagusch LK Anm. 3, 4; Schönke-Schröder § 303 Anm. 11; Kohlrausch-Lange § 303 Anm. III

6) zum Begriff "Sachsubstanz" vgl. o. S. 10 ff

Ein Fall des Wegnehmens läge z. B. vor, wenn T das im Gewahrsam des E befindliche Boot des E ins Ungewisse abtreiben läßt. Findet X das irgendwo festgelaufene und körperlich unverletzte Boot, so kann er am Sachkörper keinen Schaden nachweisen, welcher den Eigentümer in der Nutzung beeinträchtigt; das Boot kann somit nicht als "beschädigt" oder gar "zerstört" angesehen werden, ohne daß der Begriff "eine Sache beschädigen (oder zerstören)" entstellt würde. Das Recht des Eigentümers und seine Nutzungsinteressen sind verletzt; nicht aber der Sachkörper.

§ 303 pönalisiert jedoch nicht die Beschädigung des Eigentumsrechtes, sondern des im (fremden) Eigentum stehenden Sachkörpers. Denn in § 303 ist nicht - wie etwa in den §§ 85, 468 StG von Österreich[1] - von "Eigentumsbeschädigung", sondern von "Sachbeschädigung" die Rede. Diese Fälle der SE sind daher in § 303 nicht erfaßt.

Ein Beispiel für das Vorenthalten wäre das Anschließen eines an einem Eisengitter stehenden Motorrades mit Stahlschlössern an dieses Gitter. Die Schlösser verursachen keinen Schaden, keine Verletzung am Sachkörper. Nicht das Motorrad ist beschädigt, sondern das Nutzungsinteresse des Eigentümers, d. h. ein Ausfluß seines Eigentumsrechtes. Wie gesagt, pönalisiert § 303 jedoch nicht die Beschädigung des Eigentumsrechtes, sondern des Sachkörpers. Da dieser jedoch unverletzt ist, liegt keine Sachbeschädigung i. S. d. § 303 vor. Gleiches gilt für den Fall, daß das Motorrad nicht vollkommen, sondern nur teilweise in seiner Beweglichkeit gehindert wird; so etwa, wenn es mit den Schlössern nicht an das Eisengitter angeschlossen wird, sondern wenn die Stahldrahtschlösser nur

---

1) betr. die bis einschließlich 31.12.1974 maßgebende Fassung; seit dem 1.1.1975 gilt das neue StGB v. 23.1.74; vgl. auch u. S. 101

um ein Rad und das entsprechende Rahmenstück geschlossen werden. Nicht anders kann demnach der Fall beurteilt werden, wo der Mechanismus einer Maschine z. B. durch Einfügung eines Holzkeiles lediglich blockiert wird[1]. Ebenso kann eine Verletzung des Sachkörpers nicht darin gesehen werden, daß Teer oder eine andere Masse in die Maschine gegossen wird, soweit deren Substanz nicht verletzt wird.
Dergleichen und andere ohne Substanzverletzung einhergehende Eigentumsverletzungen mögen strafrechtlich gleichermaßen gewichtig sein wie die Substanzverletzung, welche die Nutzungsbeeinträchtigung bewirkt; sie könnten jedoch nur über eine Analogie zum "Beschädigen" nach § 303 bestraft werden[2]. Gemäß § 1 StGB besteht jedoch ein Analogieverbot, was Strafbegründung und Straferhöhung anbelangt[3]. Dieses Verbot wird verfassungsrechtlich erhärtet durch Art. 103 Abs. 2 GG[4].

Eine Analogie verbietet auch Art. 7 Abs. 1 der 1952 in Form eines Bundesgesetzes anerkannten Menschenrechtskonvention von 1950[5]. Da im StGB ausdrücklich an keiner Stelle von SE die Rede ist, würde eine Analogie strafbegründenden Charakter haben und wäre insofern rechts- bzw. verfassungswidrig.
Über § 303 kann somit nur die Beschädigung des Sachkörpers, d. h. die Substanzverletzung pönalisiert werden.

Die SE hängt jedoch wesensgemäß gerade nicht mit einer Substanzverletzung zusammen[6].

---

1) vgl. auch u. S. 62 f

2) Diese Analogie nahm im Jahre 1936 das AG Stadtroda vor (JW 36, 1702), indem es § 303 dem "Grundgedanken" nach " e n t s p r e c h e n d " anwandte.

3) vgl. Schönke-Schröder § 2 Anm. 3 ff; 8 ff

4) vgl. Holtkotten im Bonner Kom. Art. 103 S. 4 f; v. Leibholz-Rinck Art. 103 Anm. 20 aE

5) vgl. auch Kleinknecht Anhang 4, Vorbemerkung 1 und Art. 7 Anm. 1

6) s. o. S. 10 ff

Was die Beschädigung der Sache anbelangt, so kann daher die SE weder ganz noch teilweise über § 303 strafrechtlich erfaßt werden. Das gleiche gilt für die Zerstörung der Sache, da diese nur eine intensivere Beschädigung darstellt.
Insofern kann die SE nicht unter § 303 subsumiert werden.

b) Systematische Auslegung

Wie bereits dargelegt[1] steht hinter den Worten "fremde Sache" nicht das Vermögen, sondern das Eigentum.

In § 263 spricht das Gesetz vom "Beschädigen" des Vermögens, anstatt einfacher vom "Schädigen" zu reden. Aus diesem systematischen Gesichtspunkt heraus könnte der Ausdruck "Beschädigen" in § 303 nicht so gegenständlich auf die Sache bezogen gemeint sein, wie es bei der wörtlichen Auslegung soeben festgestellt wurde. Daher wäre es möglich, daß sich das "Beschädigen der fremden Sache" in § 303 nicht gegenständlich auf die Sache bezieht, sondern daß damit die Be-Schädigung des hinter der fremden Sache stehenden Eigentumsrechts gemeint ist.
Dann fiele jede Eigentumsverletzung - auch die SE - unter den Begriff Sachbeschädigung, denn Sachbeschädigung bedeutete dann nichts anderes als Eigentumsrechts-Beschädigung. § 303 käme dann die Rolle einer allgemeinen, umfassenden Norm, eines Auffangtatbestandes, für jegliche Art von Eigentumsrechts-Verletzung zu.

Aus der systematischen Stellung[2] des § 303 kann jedoch darauf nicht geschlossen werden. - Als allgemeinem Auffangtatbestand gebührte § 303 der Platz vor den Eigentumsdelikten, das hieße vor § 242, etwa als einleitende Norm. Oder § 303 käme die Position am Ende der Eigentumsdelikte, das hieße

---

1) vgl. o. S. 25 ff (31)
2) Engisch 4. Kapitel S. 73, 78 f

nach § 252 oder, um des Zusammenhanges der §§ 249 - 256 willen, nach 256 zu, um im Wortsinne des Auffangtatbestandes aufzufangen, was an Eigentumsverletzungen durch die vorstehenden Delikte noch nicht erfaßt wäre.
Keine der beiden Möglichkeiten ist jedoch im StGB verwirklicht. Vielmehr steht § 303 weit nach den Eigentumsdelikten, nachdem inzwischen Rechtspflege-, Vermögens-, Rechtsverkehrsdelikte und Straftaten gegen das allgemeine Gemeinschaftsleben[1] abgehandelt worden waren; und auf der anderen Seite vor den gemeingefährlichen Verbrechen und den Amtsdelikten.
Die im Bezug zu allen genannten Delikten seit Inkrafttreten des StGB unveränderte systematische Stellung der Sachbeschädigung ergibt daher, daß ihr nicht die Rolle eines Auffangtatbestandes zukommt, daß sie vielmehr eigene Deliktsnatur hat. Die Sachbeschädigung kann sich daher nur auf ihren eigenen, für sich betrachteten Wortlaut stützen. Dieser aber begrenzt das deliktische Verhalten auf das substantielle Beeinflussen von Sachen, das zu einem Schaden an den Sachen führen muß. Darunter fällt jedoch das Entziehen nicht[2].

Außerdem kennt das Gesetz mehrere Umschreibungen für das vom Beschädigen und Zerstören verschiedene Entziehen, welche sich mit letzterem jedenfalls teilweise decken. So ist neben den Begriffen "Beschädigen und Zerstören" z. B. die Rede von "Entziehen" in den §§ 133 I, 136 I; von "Beseitigen" z. B. in den §§ 87 II 2, 315 I 1, 317; von "Entfernen" in § 104; von "Unterdrücken" in § 274 Nr. 1.

---

1) vgl. Welzel § 59
2) vgl. o. S. 10 ff

Neben dem Begriff "Zerstören" allein ist die Rede von "Beseitigen" in § 134.

Ohne daß gleichzeitig die Begriffe "Beschädigen" oder "Zerstören" erwähnt würden, ist z. B. die Rede von "Beiseiteschaffen" in § 288 und von "Unterdrücken" in § 354 II 2.

Dieser systematische Vergleich zeigt, daß das Gesetz, indem es diese vielfältigen, vom "Entziehen" umfaßten Begriffe ausdrücklich neben den Begriffen "Beschädigen" und "Zerstören" anführt, das "Entziehen" nicht als eine Art der Sachbeschädigung auffaßt, daß vielmehr die SE ein von der Sachbeschädigung verschiedenes deliktisches Vorgehen darstellt.

Der systematischen Auslegung nach, ist daher die SE nicht in § 303 erfaßt.

c) Historische Auslegung

Der Gesetzgeber hatte sich 1871 trotz der ihm im Badischen StGB vor Augen geführten Möglichkeit einer Erweiterung des Tatbestandes der Sachbeschädigung[1] dafür entschieden, nur das "Beschädigen" oder "Zerstören" einer "fremden Sache" unter Strafe zu stellen.
Außerdem wurde der Name "Vermögensbeschädigung" bewußt in "Sachbeschädigung" umgewandelt.

Daher kann davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber nur Veränderungen an der Sache in ihrer Körperlichkeit bestrafen wollte, wofür er auch die sprachlich eindeutigsten Begriffe gewählt hat.

Auch die historische Auslegung ergibt somit, daß SE nicht in § 303 erfaßt ist.

---

1) vgl. o. S. 28 ff

d) Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung ist von Wortlaut und Wortsinn gehalten. Eine teleologische Auslegung der Worte "eine fremde Sache beschädigen" ist daher nicht in der Lage, vom "Beschädigen" ganz abzusehen und eine Verhaltensweise in die Strafnorm Sachbeschädigung miteinzubeziehen, bei welcher an der Sache gerade kein Schaden entsteht, diese ausdrücklich unversehrt bleibt, wo vielmehr die Rechtsgutsverletzung in Wegnehmen oder Vorenthalten der Sache besteht.

Ein solches Vorgehen hieße, über das Ziel des § 303 hinaus, alle Substanzeinwirkungen, welche die Unversehrtheit für den Eigentümer aufheben, unter Strafe zu stellen.

Entscheidend wäre dann nicht mehr die Beschädigung der Sache, sondern die der Eigentümerinteressen. Zwar kommt es § 303 auf den Schutz der Eigentümerinteressen an, jedoch nur soweit die Unversehrtheit der Sache aufgehoben wurde.

Stellt man statt auf die Unversehrtheit der Sache auf die Unversehrtheit der Eigentümerinteressen ab, so begäbe man sich auf den Boden der im Strafrecht verbotenen strafbegründenden Analogie.

Angesichts des klaren Wortlautes ergibt daher auch eine an teleologischen Gesichtspunkten orientierte Auslegung, daß der Begriff "eine Sache beschädigen" den Begriff "entziehen" nicht umfaßt.

e) Ergebnis

Alle Auslegungsmethoden laufen auf dasselbe Ergebnis hinaus: Die SE ist in § 303 nicht erfaßt.

C. Gegenmeinungen

I. Überblick

Betrachtet man die Meinungen zur Frage der tatbestandlichen Abgrenzung der SE von der Sachbeschädigung wie sie in § 303 konzipiert ist, so trifft man neben einer herrschenden Meinung auf zwei Mindermeinungen. Die 1. Mindermeinung faßt alle SEen unter die Sachbeschädigung des § 303. Dies erreicht sie, indem sie die Sachbeschädigung nicht von irgendeiner Einwirkung auf die Substanz abhängig macht, sondern allein auf die Beeinträchtigung der Brauchbarkeit der Sache abstellt[1]. Demnach erscheint z. B. das Davontreibenlassen eines Bootes als Sachbeschädigung am Boot.

Die h. M. fordert für die Sachbeschädigung irgendeine Einwirkung auf die Substanz, wodurch die Brauchbarkeit beeinträchtigt wird; auf eine Substanzverletzung kommt es - im Gegensatz zu der hier vertretenen Meinung[2] - nicht an[3]. Soweit dem Eigentümer die Sache daher ohne Einwirkung auf die Substanz entzogen wird - sogenannte "reine"[4] oder "bloße"[5] SE - liegt nach der h. M. SE vor; das reine Davontreibenlassen des Bootes erscheint somit als SE und nicht als Sachbeschädigung. Die 2. Mindermeinung geht vom Standpunkt der h. M. aus, betrachtet aber einige Fälle, welche die h. M. als SE ansieht, als Sachbeschädigung[6].

II. Die 1. Mindermeinung

Die Meinung, alle Fälle der SE seien uneingeschränkt in § 303 erfaßt, wird hauptsächlich vertreten von Maurach[7], Kohlrausch-Lange[8] und Jagusch[9] [10].

---

1) s. sogleich u. S. 40
2) s. o. S. 10 ff
3) s. u. S. 56 ff
4) vgl. Welzel § 51 I 1 b
5) vgl. Schönke-Schröder § 242 Anm. 56
6) s. u. S. 46 ff
7) Maurach BT § 25: I B 1 (S. 189) + II A 2 (S. 191)
8) Kohlrausch-Lange § 303 Anm. III
9) Jagusch § 303 Anm. 4
10) vgl. weiterhin etwa Schütze § 101 S. 499 Anm. 7, der sein Ergebnis auf den "gesunden Menschenverstand" stützt;
Temme § 231 S. 373 ohne nähere Begründung.

Da sich Jagusch auf Maurach beruft und stützt, und weil Konlrausch-Lange keine besondere Begründung bieten, kann die Meinung Maurachs hier stellvertretend zur Erörterung stehen.

1. Die von Maurach verwendeten Begriffe

Maurach geht von folgendem aus[1]:
"Sachbeschädigung ist ihrem Wesen nach Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Brauchbarkeit eines Sachwertes, dessen Zweckbestimmung dem alleinigen Ermessen des Täters entzogen ist"[2].
Unter Zweck versteht Maurach daher nur wirtschaftliche Zwecke. Sodann stellt er fest, das Wesentliche der Sachbeschädigung liege in der "zweckwidrigen Veränderung der Sache" und meint, daß auch die Entziehung einer Sache zu einer zweckwidrigen Veränderung der Sache führe. Daraus zieht er den Schluß, daß SE eine Form der Sachbeschädigung des § 303 sei.

2. Kritik an diesen Begriffen

Selbst wenn man innerhalb Maurachs System bleibt, so entstehen Zweifel an seinen Überlegungen bereits bei der Frage, ob Entziehungen (d. h. Wegnehmen bzw. Vorenthalten) eine "Veränderung d e r Sache" darstellt.
Vom klaren Wortbild her bedeutet Veränderung der Sache eine Veränderung des körperlichen Gegenstandes und nicht nur eine Veränderung seiner Beziehungen zur Umwelt. Nur mit einem überdehnten und daher unnatürlichen Begriff der "Veränderung der Sache" vermag Maurach seine Argumentation zu bestreiten.
Zur näheren Erläuterung seiner Überlegungen mußte er den Begriff der sogen. "absoluten Sachsubstanz", offenbar im Gegensatz zu einem von ihm nicht verwendeten Begriff der "relativen Sachsubstanz", schaffen.
So definiert er in seiner "Systematik" der Sachbeschädigung die SE als "wertmindernde Entziehung ohne

---

1) vgl. § 25 aaO
2) § 25 I B 1 S. 189

Beeinträchtigung der absoluten Sachsubstanz"[1]. Diese Begriffe sind daher nicht unproblematisch.

3. Maurachs Begründung

Es ist deshalb aufschlußreich zu untersuchen, wie Maurach seine Ansicht begründet, ohne mit § 1 StGB und Art. 103 II GG sowie mit Art. 7 I der Menschenrechtskonvention in Konflikt zu geraten. Dabei bleibt ihm nur die Möglichkeit, durch eingehende Auseinandersetzung mit dem klaren Wortlaut [2] unter Zuhilfenahme anderer Auslegungsmethoden diesen Wortlaut in eine neue, andere Perspektive zu rücken und ihn so in einem anderen Sinne erscheinen zu lassen.

a) "Das Eigentum als wirtschaftliche Funktion"

Maurach stützt sich bei seiner Auslegung des § 303 fast ausschließlich auf das "geschützte Rechtsgut" dieser Norm.
Er ist sich mit der h. L. darin einig, daß § 303 das Eigentum schützt; nach Maurach allerdings nur insoweit, als sich im Eigentum ein wirtschaftlicher Wert verkörpert[3].
Seine Ansicht, "§ 303 schützt das Eigentum als wirtschaftliche Funktion", begründet er folgendermaßen: "Es ist kein Zufall, daß die Sachbeschädigungsdelikte als eine umfassende Regelung erst das Produkt eines moderneren Rechtsdenkens darstellen (in Deutschland seit dem ALR). Eine nicht 'volks'-wirtschaftlich denkende Gemeinschaft hatte keine Veranlassung, einen umfassenden Tatbestand der 'Wertvernichtung' aufzustellen und blieb auch dann in Kasuistik stecken, wenn sie in der Sachbeschädigung lediglich einen Angriff gegen fremdes Eigentum sah."

Die wesentliche Stütze für seine Meinung sieht Maurach daher in historisch-wirtschaftlichen Entwicklungen oder mit seinen, entsprechend umformulierten, Worten in der Tatsache, daß "eine im Gegensatz zu vorigen Gesellschaften volkswirtschaftlich denkende Gemeinschaft nunmehr die Veranlassung hatte, einen

---

1) vgl. Maurach § 25 I B 3 S. 190
2) vgl. etwa v. Ohlshausen § 303 Anm. 4 b
3) vgl. Maurach § 25 I B 1 - 3; a. A. die h. M. z. B.

umfassenden Tatbestand der Wertvernichtung aufzustellen".
Dem widerspricht allerdings, daß die überwältigende Mehrheit der Literatur vor und nach 1870/71 für das strafrechtlich zu schützende Eigentum keinen Vermögenswert fordert, vielmehr einen "Affektionswert" - so z. B. Oppenhoff im Jahre 1867 für die "Vermögensbeschädigung" des Preußischen StGB von 1851 - genügen läßt[1].

Wäre Maurachs Ansicht richtig, so müßte sie sich in der Literatur der von ihm für die Umstellung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise benannten Zeitepoche widerspiegeln. Daß dem jedoch nicht so ist, spricht gegen seine Theorie von der nunmehr "'volks'-wirtschaftlich denkenden Gemeinschaft".

Maßgebend für eine neue Betrachtungsweise des Eigentums, welche zu einem strafrechtlichen Schutz in der Gemeinschaft führte, dürften vielmehr Gedanken der Aufklärung gewesen sein. Ihre freiheitlichen Rechtsgedanken fanden in dem von Maurach benannten Zeitraum ("in Deutschland seit dem ALR")[2] zum ersten Mal in Gesetzbüchern ihren Niederschlag. Diesen freiheitlichen Rechtsgedanken entspricht es, das Eigentum gerade unabhängig von wirtschaftlichen Werten nur als einen auf die Persönlichkeit bezogenen Wert strafrechtlich zu schützen. Ob das Individuum mit dem Eigentum wirtschaftliche oder rein persönlichkeitsbezogene Interessen verband, lag damit jedenfalls bei der Einzelpersönlichkeit und nicht bei übergeordneten Stellen.
Maurachs Ansicht kann daher insoweit nicht gefolgt werden[3].

---

1) vgl. etwa Oppenhoff § 281 Preuß. StGB Anm. 10 m. w. N.; Berner BT 15. Aufl. 1888 26. Abschn. A d 1 S. 613; Hälschner Bd. II § 112 Nr. 2 S. 388; Schütze § 101 S. 499; Schwarze § 303 S. 726; Schwartz § 303 Anm. 2 b; Temme S. 372 f

2) Maurach aaO. B 1 S. 189

3) so im Ergebnis auch Maiwald (S. 125), der Maurachs Ansicht mit - von Maiwald so genannten "skurrilen" Fällen widerlegt.

b) Die Auseinandersetzung Maurachs mit dem Tatbestand des § 303

Es bliebe zu untersuchen, inwieweit sich Maurachs Meinung, SE sei eine Form der Sachbeschädigung, unter Absehen von seiner vermögensrechtlichen Einschränkung, halten läßt.
Wie die allgemeine Meinung, so sieht auch Maurach in § 303 das Eigentum als geschütztes Rechtsgut an. Das Feststellen des durch eine Strafnorm geschützten Rechtsguts ist jedoch nach einhelliger Auffassung[1] nur eine unabdingbare Voraussetzung oder, um mit Maurach zu sprechen, "der Richtpunkt" für die Auslegung[2].

Danach muß - will man sich im Rahmen des Grundsatzes nulla poena sine lege halten - die Prüfung erfolgen, wieviel von diesem Rechtsgutsschutz die jeweilige Norm verwirklicht. Diese Prüfung kann nur und muß daher an den einzelnen Worten der Norm ausgerichtet sein. Setzt sich die Interpretation einer Strafrechtsnorm nicht mit dem Wortlaut der Norm und dem Wortsinn der verwendeten Begriffe auseinander, sondern behauptet sie, alle Worte der Norm dürften ungeachtet des Wortsinns einer möglichst lückenlosen Verwirklichung des Schutzes des betreffenden Rechtsgutes nicht im Wege stehen, dann wäre das Ausgestalten und Umschreiben eines Tatbestandes mit Worten überflüssig. Der Tatbestand könnte dann lauten: "Wer das Eigentum (das Vermögen) verletzt ..."
Deshalb müßte sich Maurach mit dem Begriff "eine fremde Sache" auseinandersetzen, um entgegen dem oben dargelegten, augenfälligen Wortsinn die Worte "eine fremde Sache entziehen" unter die Formulierung des § 303 im Wege der Auslegung zu fassen[3].

Dies geschieht jedoch nicht. -Maurach stellt vielmehr der Erörterung über den Tatbestand des § 303 eine allgemeine "Systematik" gegenüber, in welcher er, unabhängig vom Wortsinn des § 303, den Begriff

---

1) vgl. etwa Schönke-Schröder § 2 Anm. 38 m. w. N.
2) Maurach AT § 19 II A 3 S. 216
3) vgl. o. S. 25 ff u. 32 ff

Sachbeschädigung seiner persönlichen Ansicht nach festgelegt, nämlich als "Beeinträchtigung der Brauchbarkeit eines Sachwertes".
Außerdem spricht er bezeichnenderweise in allen von ihm angeführten Beispielen nur davon, daß die Tat eine Sachbeschädigung sei[1] und nicht davon, "daß die Sache beschädigt worden sei" oder "als beschädigt anzusehen sei".
Auch das Wort "Zerstören" wird nicht erläutert. Maurach sieht es nicht im Zusammenhang der Steigerung des Wortes Beschädigen, was ihn unweigerlich dahin führen müßte, das Wegnehmen oder Vorenthalten der unversehrten Sache nicht mehr als "Beschädigen" zu verstehen. Denn bei einer entzogenen Sache von einer zerstörten Sache zu reden, fällt noch schwerer als im Falle der Beschädigung, einem Begriff, welcher dehnbarer als derjenige der Zerstörung ist. Maurach sagt lediglich Substanzvernichtung sei nicht möglich[1], versucht jedoch nicht zu erklären, was er unter Vernichtung versteht oder jedenfalls, was das Gesetz seiner Ansicht nach damit meint; er setzt sich daher nicht mit dem Begriff "Zerstören" auseinander. Er betrachtet jede zweckveränderte Sache als beschädigt, wie er es in seiner vorangestellten Systematik nur in Anlehnung an das von der Sachbeschädigung geschützte Rechtsgut und ohne Eingehen auf Wortlaut oder Wortsinn des § 303 dargestellt hatte.
An dieser Stelle zeigt sich die Problematik der Argumentation Maurachs:
Seine Absicht ist es, § 303 über seinen Wortsinn hinaus zu einem allgemeinen Auffangtatbestand für Eigentumsverletzung zu machen, welche von den übrigen Normen - etwa den Zueignungsdelikten - nicht erfaßt werden.
So betont er selbst im Zusammenhang mit dem Diebstahl ausdrücklich: "Einen Ersatz für den mangels Zueignungsabsicht wegfallenden Tatbestand des Diebstahls gibt in den meisten dieser Fälle die Möglichkeit Sachbeschädigung anzunehmen"[2]. In derselben

---

1) insbesondere auf S. 191
2) Maurach BT § 26 III C 1 c a. E. S. 209

Richtung argumentierend meint er auf die "wirtschaftliche Funktionsfähigkeit der Sache" bezogen: "Diese ist in der Tat das einzige zuverlässige Auslegungsmittel zur Erfassung der streitigen Grenzfälle, wie ... wertmindernde Entziehung ohne Beeinträchtigung der 'absoluten Sachsubstanz'"[1].
Bei der Durchführung seiner Absicht, die SE unter § 303 zu fassen, entfernt sich Maurach jedoch immer mehr vom Wortsinn der Begriffe "eine fremde Sache beschädigen bzw. zerstören".
Das Entziehen einer Sache will auch Maurach nicht einfach unter den schlichten Begriff "eine Sache beschädigen" fassen. Er faßt jedoch beide Begriffe unter einen Oberbegriff, der im Abschnitt "Systematik" so in den Vordergrund tritt, daß er die Norm des § 303 vollständig beherrscht und im Ergebnis zur Norm selbst wird. Somit erlangen die Begriffe des § 303 keine selbständige Bedeutung. Da SE und Sachbeschadigung Eigentumsdelikte sind, ergibt sich dieser allgemeine Oberbegriff in der allgemeinen Umschreibung "Eigentumsverletzung" oder wie Maurach formuliert "zweckwidrige Veränderung der Sache" bzw. "Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Brauchbarkeit". Diese liegt dann vor, wenn - auf welche Art auch immer - "die vom Berechtigten festgelegte Zweckverwendung vereitelt wird".
Unter diesen umfassenden und unscharfen Oberbegriff - alle Eigentumsdelikte werden davon erfaßt - läßt sich das Entziehen der Sache ohne Schwierigkeiten bringen.
Wenn zwei Begriffe jedoch allein über einen gemeinsamen Oberbegriff anzunähern sind, so kann man sie nur mittels einer Analogie rechtlich gleichbehandeln.
Eine Analogie im vorliegenden Fall wäre jedoch strafbegründend, da die SE im StGB nicht enthalten ist. Eine Analogie wäre daher rechts- bzw. verfassungswidrig.

4. Gesamtergebnis

Maurachs Argumentation kann deshalb nicht zugestimmt werden. Treffend und unkompliziert kommentiert daher

---

1) Maurach, a.a.O., S. 184 a. E.

Schröder[1] die Meinung Maurachs lediglich mit den Worten "zu weitgehend".

III. Die 2. Mindermeinung

1. Binding

Binding schreibt[2]: "die Zerstörung einer fremden, d. h. in fremdem Eigentum stehenden Sache ist aber auf zwei Weisen möglich: so, daß die Sache zerstört wird, und so, daß sie aufhört eine fremde zu sein. Wer einen gefangenen Vogel fliegen läßt, zerstört in der Tat mit dem fremden Eigentum auch dessen Objekt, ..."[3]. Falls der Eigentümer den Vogel nicht verfolgt oder die Verfolgung aufgibt, so wird der Vogel gemäß § 960 II BGB[4] herrenlos, d. h. das Eigentumsrecht erlischt und zurück bleibt höchstens ein Aneignungsrecht[5].

Das Entziehen des Vogels zerstört daher das fremde Eigentumsrecht und stellt auch eine Vermögensbeschädigung dar. Die Sache in ihrer Substanz bleibt jedoch unverletzt. Das erkennt auch Binding an, nur vertritt er die Meinung, eine fremde Sache sei auch dann beschädigt oder zerstört, wenn die Fremdheit aufgehoben wurde.

Nach Bindings Meinung bedeuten daher die Worte "eine fremde Sache zerstören"

1. die fremde Sache körperlich zerstören oder
2. die Fremdheit der körperlich unverletzten Sache zerstören.

Diese Auslegung dürfte jedoch kaum haltbar sein. Vor allem im Vergleich zu anderen Tatbeständen - etwa den §§ 239, 242 ff, 292 ff - zeigt sich, daß "fremd" vom Gesetz nur als Abgrenzungsformel einer

---

1) Schröder in Schönke-Schröder § 303 Anm. 8; vgl. auch E 62, der meint, man habe die Subsumtion z. B. des Freilassens eines Tieres unter § 303 dadurch erreicht,"daß man den Begriff der Sachbeschädigung überspannte" (Begr. S. 421)
2) Binding LB § 65 I A 2 S. 249
3) ebenso Wolf (S. 52) aus dem gleichen Gedanken der aufgehobenen Beziehung der Sache zum Rechtsgutsträger
4) Der Fall des § 960 III BGB wäre, wenn durch Fliegenlassen verwirklicht, als Einwirkung auf das Nervensystem des Tieres eine Sachbeschädigung, vgl. Schönke-Schröder § 303 Anm. 8
5) vgl. etwa Erman-Hefermehl § 958 Anm. 1 u. § 960 Anm. 1; Soergel-Mühl § 958 Anm. 1 u. § 960 Anm. 1

Person oder einer Sache beigegeben wird und von dieser nicht zu trennen ist. Die Betonung des Gesetzes liegt auf dem Objekt, der Sache, welche beschädigt oder zerstört wird.
Daß die Sache fremd sein muß, soll nur verhindern, daß der Eigentümer selbst nach § 303 bestraft werden kann, wenn er seine eigene Sache beschädigt oder zerstört, während etwa ein anderer ein dingliches oder obligatorisches Recht an ihr innehat[1].
Die systematische Betrachtung des Wortes fremd als Adjektiv zeigt daher, daß diese Bezeichnung nur die Gruppe der Sachen eingrenzen soll, an welchen eine Sachbeschädigung begangen werden kann. Jedes einem Substantiv beigefügte Adjektiv kann zu einem Nebensatz aufgelöst werden. Statt "eine fremde Sache" könnte man daher sagen, "Wer eine Sache, welche ganz oder zum Teil im Eigentum eines anderen steht, beschädigt oder zerstört". Bei dieser Formulierung tritt noch deutlicher hervor, daß Objekt der Beschädigungshandlung nur die Sache als körperliche und nicht alternativ deren Fremdheit ist.
Dieser Gleichbedeutung eines Adjektivs mit einem dem Substantiv beigefügten Relativsatz war sich der Gesetzgeber von 1871 und ist sich das Gesetz bewußt. Soll also das Adjektiv selbst Objekt der Beschädigungshandlung sein, so wäre dies ausdrücklich hervorgehoben worden.
Insoweit wäre Bindings Ansicht, auch die Fremdheit sei in § 303 ein vor der Beschädigung geschütztes Objekt, abzulehnen.
Binding bietet auch keinerlei nähere Begründung dafür, warum er vom eindeutigen Wortsinn des "eine fremde Sache beschädigen", welcher allein auf die körperliche Unversehrtheit der Sache hinweist, glaubt abweichen zu müssen.
Daher ist auch Binding entgegenzuhalten, daß § 303 mit den Begriffen "Beschädigen" oder "Zerstören" eine Verletzung des Eigentumsrechts durch körperliche Einwirkung auf die Unversehrtheit der Substanz und

---

1) vgl. zur Systematik des StGB § 289: "Wer seine eigene bewegliche Sache ..."

nicht nur eine Verletzung des Eigentumsrechts ohne Verletzung der Substanz verlangt.
Eine solche Ansicht verstößt ebenfalls gegen § 1 StGB, Art. 103 II GG und Art. 7 I der Menschenrechtskonvention und ist deshalb abzulehnen.

2. Nagler

Während Nagler Bindings Ansicht - der Untergang des Eigentumsrechts infolge Herrenloswerdens der Sache bedeute Sachbeschädigung - ablehnt, vertritt er selbst in ähnlicher Richtung eine besondere Meinung[1].
Für Nagler ist jede Sache im Sinne des § 303 "untergegangen (zerstört)", welche durch das Vorgehen des Täters "aufhört", "Sache im Rechtssinne zu sein".

Dies ist nach Nagler dann der Fall, wenn "die dauernde Entfernung des Gegenstandes aus der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Berechtigten die Unerreichbarkeit für die menschliche Herrschaft begründet (z. B. eines Goldstückes im tiefen Meer oder auch nur in der Mitte eines Flusses)". "Gleiches gilt von dem gewonnenen Flußkies, der in den Strom zurückgeschaufelt wird und dort unerkennbar verschwindet"[1].
Dieser Ansicht ist, selbst wenn man den rechtlichen Überlegungen folgen wollte, entgegenzuhalten, daß sie mit Wortlaut und Wortsinn des § 303 nicht übereinstimmt.
Abgesehen von dem Flußkiesbeispiel, das möglicherweise eine reine Sachbeschädigung darstellt[2], bleibt die Substanz der Sachen jeweils unangetastet. Es tritt lediglich eine faktische Enteignung besonderer Art ein, an welche die allein maßgebliche[3] Privatrechtsordnung, vor dem Tatsächlichen, der Unerreichbarkeit, kapitulierend, dann auch den rechtlichen Untergang des Eigentums knüpft.

---

1) vgl. jeweils Nagler § 303 Anm. II 2 c S. 633; ihm folgend Peter S. 48 ff; wie Nagler auch Wolf (S. 50) aus dem gleichen Gedanken der aufgehobenen Beziehung der Sache zum Rechtsgutsträger

2) s. u. S. 66 ff

3) s. o. S. 7 ff

Die Worte "Beschädigen" bzw. "Zerstören" stellen in ihrem Angriffscharakter lediglich eine unterschiedliche Intensität der gleichen Angriffshandlung dar[1]. Eine dem § 303 entsprechende Angriffshandlung muß daher die Sache sowohl beschädigen als auch zerstören können; eine Sache, die man nur zerstören, nicht aber beschädigen könnte, ist nicht denkbar.

Man kann jedoch eine Sache nicht so behandeln, daß sie nur in einem geringeren Grad (Beschädigung) "aufhört", "Sache im Rechtssinne zu sein"[2] als, angeblich, bei der vollen Zerstörung.

Nagler versucht nicht, seine Meinung aus dem Gesetzeswortsinn heraus zu belegen. Die Subsumtion erreicht er mit einer einfachen unbegründeten Klammerdefinition: "damit ist er also untergegangen (zerstört)".

Fälle, die man einem Deliktstatbestand - hier der Sachzerstörung - gleichstellen möchte, per Klammerdefinition als diesen Tatbestand zu behandeln, ohne auf den unterschiedlichen Wortlaut und Wortsinn - Sache ist zerstört einerseits und Eigentum ist untergegangen andererseits - einzugehen, bedeutet einen Verstoß gegen § 1 StGB (sowie Art. 103 II GG und Art. 7 I MRK) und ist daher als unzulässig abzulehnen[3].

Überdies fehlt Naglers Argumentation, die sich auf den Untergang der Sache stützt die rechtliche Grundlage. Im Rahmen seiner Erörterungen über die Sachbeschädigung versteht Nagler[4] unter "Sache im Rechtssinn" alle Sachen, welche "verkehrsfähig" sind.

---

1) vgl. statt aller Schönke-Schröder § 303 Anm. 11

2) Nagler aaO

3) Peter beruft sich für die Fälle des von ihm sogenannten, "absoluten Entzuges", den er als Zerstörung der Sache auffaßt, darauf, daß es nach dem natürlichen Sprachgebrauch hieße, "der sagenhafte Nibelungenschatz wurde vernichtet (zerstört)", als man ihn "auf Nimmerwiedersehn" in den Rhein versenkte; (S. 54 f). Das Gegenteil ist der Fall. Denn die Spekulationen, ihn irgendwie - gezielt oder zufällig - wiederzuerlangen, sind teils heute noch lebendig. Man hält daher ein "Wiedersehn" durchaus für möglich. Ein "absoluter Entzug", d. h. eine Vernichtung oder Zerstörung kann daher selbst in diesem eklatanten Fall nicht vorliegen.

4) vgl. Verweisung aaO auf "II 1 c vor § 242"

Als nicht verkehrsfähig sieht er - bezüglich der Sachzerstörung durch Untergang des Gegenstandes - "alle Materie, die der menschlichen Herrschaft nicht zugänglich ist" an. Diese Auffassung entspricht der hier befürworteten[1] h. M., welche dem Strafrecht den zivilrechtlichen Sachbegriff des § 90 BGB zugrundelegt[2].

Wenn teilweise darauf hingewiesen wird, der Sachbegriff des Strafrechts sei ein spezifisch strafrechtlicher[3], so bedeutet das, jedenfalls was die Beherrschbarkeit der Sache anbelangt, keinen Unterschied zum Zivilrecht, da die Beherrschbarkeit jeweils an das Zutagetreten eines Sachkörpers gebunden ist. Weiterhin kommt es auf einen Vermögenswert der Sache nicht an[4].

Um zu erfahren, wann die Sache im Sinne Naglers wegen Unzugänglichkeit für die menschliche Herrschaft[5] nicht verkehrsfähig ist, kann daher auf das Zivilrecht, wo diese Frage beheimatet ist, zurückgegriffen werden.

Das Zivilrecht macht die Frage, ob einem körperlichen Gegenstand, dessen Erreichbarkeit bzw. Zugänglichkeit Zweifeln unterliegt, Sachqualität im rechtlichen Sinne zukommt, einstimmig von der Beherrschbarkeit dieses Gegenstandes durch den Menschen abhängig[6]. Abgesehen von den Fällen der mangelnden Abgrenzbarkeit[7] der Materie (Lufthülle der Erde, Wolken, Wasser der Meere, fließende Welle, Rauch) wissen alle Quellen für die hier allein maßgebende technische Unerreichbarkeit bzw. Unzugänglichkeit nichts auf der Erde, sondern nur Gegenstände im Weltraum zu nennen ("Sterne").

---

1) s. o. S. 7 ff
2) s. o. S. 8 Anm. 1
3) so etwa Nagler aaO; Kohlrausch-Lange § 303 Anm. 1
4) vgl. o. S. 34 ff; für das Zivilrecht vgl. etwa Lehmann § 49 I
5) vgl. Nagler aaO "der menschlichen Herrschaft nicht zugänglich"
6) vgl. etwa Larenz AT BGB § 16 II a
Palandt-Danckelmann vor § 90 Anm. 4 a
Soergel-Baur § 90 Anm. 1
Lehmann-Hübner § 49 I 4
7) vgl. Larenz aaO

Angesichts der bereits erreichten technischen Fähigkeiten und der unermeßlichen Möglichkeiten weiterer technischer Entwicklung ist auf der Erde keine Sache mehr der menschlichen Herrschaft entzogen.
Dabei müssen die zivilrechtlichen Gesichtspunkte der "wirtschaftlichen Unmöglichkeit" gerade wegen der in zeitlicher Hinsicht unabsehbaren technischen Entwicklung außer Betracht bleiben.
Aufschlußreich in diesem Zusammenhang ist die Veränderung der Stellungnahmen Lehmanns[1] zu dieser Frage:

"Nur die der menschlichen Herrschaft erreichbaren Dinge kommen als Sachen in Betracht." (1. Satz)
Der zweite anschließende Satz lautet:

2. Auflage 1922	"Den Mond und die Sterne, die begehrt man nicht."
11. Auflage 1958	dasselbe
14. Auflage 1963	dasselbe + "Das kann sich aber ändern!"
15. 16. Auflage 1966[2]	nur: "Beachte etwa die Erweiterung der Herrschaftssphäre im Weltraum."

Ähnlich meint Larenz[3]: "... andere Sterne (wenigstens solange der Mensch noch nicht seinen Fuß auf sie gesetzt hat)".
Betrachtet man diese Entwicklung der Rechtsansichten, so ergibt sich folgendes:
Das Recht hat die technische Entwicklung gesehen und ihr durch Änderung der bisherigen Ansichten voll Rechnung getragen. Selbst fremde Sterne werden mehr oder weniger in den Sachbegriff miteinbezogen. Um wieviel mehr muß dann einer Sache im Rechtssinne diese Qualität bei bloßer geographischer Ortsveränderung auf der Erde erhalten bleiben.
Insoweit ist die Ansicht Naglers aus dem Jahre 1951 heute nicht mehr haltbar.
Das "Goldstück im tiefen Meer oder auch nur in der Mitte eines Flusses"[4] ist daher weiterhin als

1) vgl. Lehmann-Hübner aaO
2) ab 15. Auflage Bearbeitung von Lehmanns AT BGB durch Hübner
3) Larenz aaO
4) Nagler aaO

"Sache im Rechtssinne" anzusehen.
Selbst wenn jedoch durch eine Entziehungshandlung die Sache einmal aufhören sollte "Sache im Rechtssinne zu sein" - sie wird etwa ohne interstellares Ziel mit einer Rakete in den Weltraum geschossen - so wäre sie allein infolge des Entfernens von der Erde noch nicht substantiell verletzt, was für § 303 Voraussetzung ist.

3. Berner und Oppenhoff

Nach Berner braucht die Beschädigung oder Zerstörung des § 303 "die Sache nur als Eigentumsobjekt, nicht als natürliche Sache zu treffen"[1].
Als Beispiele nennt er "das Ausfliegenlassen von Vögeln und das Versenken von Gold im Meer ..., wodurch die Sache als Eigentumsobjekt vernichtet wird".

Oppenhoff läßt es 1867 im Rahmen des Preußischen StGB für die Sachbeschädigung genügen, "wenn die Sache in eine solche äußere Lage gebracht ist, daß sie dadurch dem Berechtigten in einer die Wiedererlangung ausschließenden Weise entzogen wird (z. B. durch Werfen in einen tiefen Fluß)"[2].
Im Jahre 1901 bezeichnet Oppenhoff auf derselben Ebene für § 303 eine Änderung der Sache auch ohne Integritätsantastung als ausreichend, "wodurch sie aufhört, ein Vermögensobjekt zu sein, z. B. wenn sie in einen tiefen Fluß geworfen oder wenn ein gefangenes Thier in Freiheit gesetzt oder das Ausströmen von Dampf (Gas etc.) veranlaßt wird"[3]. Die "bloße Besitzentziehung ... z. B. durch ein Verstecken der Sache" sieht Oppenhoff ausdrücklich nicht als Sachbeschädigung an[3].
Berner und Oppenhoff sowie die von ihnen angeführten Autoren kombinieren also[4] die oben bereits als unhaltbar dargestellten Meinungen von Binding und Nagler, indem sie unter § 303 nicht nur das Herrenloswerden, sondern auch den angeblichen Verlust der Sacheigenschaft fassen. Bei Oppenhoff finden sich zusätzlich noch Anklänge an die von Maurach vertre-

---

1) Berner, BT 15. Aufl., 26. Abschnitt A d 1 S. 613
2) Oppenhoff, 5. Aufl., Anm. 11 zu § 281 m. w. N.
3) Oppenhoff, 14. Aufl. 1901 § 303 Anm. 8
4) von der historischen Aufeinanderfolge der

tene und oben abgelehnte Meinung, die Sache müsse Vermögensobjekt sein.
Was das Beispiel Oppenhoffs vom Ausströmen des Dampfes anbelangt, so bleibt auch hier die Frage, ob es sich dabei nicht um eine Sachbeschädigung handelt, späteren Erörterungen vorbehalten[1].
Eine Begründung bleiben beide schuldig und stützen sich lediglich auf die unbewiesene Behauptung, "eine Sache beschädigen oder zerstören" sei gleichbedeutend mit "die rechtlichen Befugnisse des Eigentümers irgendwie beeinträchtigen oder deren Ausübung faktisch unmöglich zu machen".
Zu Recht lehnt daher etwa Schwartz diese Meinung als einem Eigentumsdelikt zuwiderlaufend mit den Worten ab: "... bei dieser Ansicht verschwindet schließlich der Unterschied zwischen Vermögens- und Sachbeschädigung"[2].

1. Jagusch

Jagusch schließt sich, wie bereits erwähnt[3], der von Maurach vertretenen Meinung uneingeschränkt an: "Die bloße Sachentziehung ist Sachbeschädigung, wenn sie die vom Berechtigten festgesetzte Zweckverwendung vereitelt und zwar auch ohne stofflichen Eingriff."[4]

Zusätzlich räumt Jagusch jedoch dem Moment der Unerreichbarkeit für die menschliche Herrschaft überhaupt"[4] die Bedeutung einer Sachzerstörung ein. Dabei argumentiert er mit der von Nagler verwendeten Begründung, daß die Sache aufhöre, Sache im Rechtssinne zu sein. Dies ist nach Jagusch bei folgenden Beispielen der Fall: "das in den Fluß geworfene Goldstück; Flußkies wird in den Strom zurückgeschaufelt; Fliegenlassen eines einheimischen Vogels; Rückführung eines wieder verwildernden Tieres in die natürliche Freiheit."[4]
Hierbei sind Jaguschs Konzeption und seine rechtlichen Orientierungen nicht klar erkennbar.
Stimmt er der Meinung Maurachs zu, so ist es unnötig und verunsichernd, noch darauf einzugehen und zu

1) s. o. S. 46 ff
2) Schwartz § 303 Anm. 2 b a. E.
3) vgl. o. S. 39
4) vgl. Jagusch LK § 303 Anm. 4

unterscheiden, ob die zerstörte Sache zusätzlich ihre Sacheigenschaft im Rechtssinne verloren hat. - Zum anderen mutet es merkwürdig an zu lesen, daß ein freigelassenes Tier, auch wenn es wieder verwildert ist, als Sache im Rechtssinne untergegangen sein soll. Danach könnte ein im Sinne der §§ 958 ff herrenlos gewordenes Tier nicht mehr als Sache im Sinne der §§ 90 ff BGB bezeichnet werden. Es würde auf der anderen Seite jedoch seine Sachqualität zurückerhalten, sobald der Berechtigte (jedermann oder der Inhaber eines bestimmten, z. B. Jagd-, Rechtes) Besitz ergreift; § 958 BGB.

Hier hält Jagusch offenbar den Verlust des Eigentums an einer Sache, mit der Folge der Herrenlosigkeit, und den Verlust der Sacheigenschaft für die ehemalige Sache überhaupt nicht auseinander. Freigelassene Tiere werden jedoch lediglich herrenlos (§ 958 BGB). Sie bleiben bewegliche Sachen im Sinne des § 90 BGB[1], an welchen jederzeit durch Aneignung Eigentum begründet werden kann.
Was das in den Fluß geworfene Goldstück anbelangt, so wurde oben[2] bereits dargelegt, daß hierbei von Verlust der Sacheigenschaft nicht die Rede sein kann[3].
Die von Jagusch der Meinung Maurachs hinzugefügten Unterscheidungsmerkmale sind daher unhaltbar und zum Teil offensichtlich rechtswidrig.

5. Ergebnis

Die reine SE stellt daher keine Sachbeschädigung dar.
Dieser Ansicht sind auch Rspr. und h. L. Das RG bemerkt, es werde "... nicht die Sache selbst, sondern nur das Verhältnis des Eigentümers zur

---

1) vgl. etwa Erman-Hefermehl § 958 Anm. 1
Soergel-Mühl § 958 Anm. 1

2) vgl. o. S. 48 f

3) bezüglich des Flußkiesbeispiels s. u. S. 67

Sache verändert, insbesondere, wenn dem Berechtigten die Sache durch eine mit ihr vorgenommene Ortsveränderung entzogen wird"[1].
Der h. L. ist dieses Ergebnis durchweg so selbstverständlich und vom Wortlaut her offensichtlich, daß fast alle Autoren sich mit einem Satz oder Halbsatz, welcher auf die Straflosigkeit der "reinen" SE hinweist, begnügen.

Abriß der h. M., welche der Ansicht ist, daß die "reine" SE nicht in § 303 erfaßt ist.

. Literatur

a) vor 1945

Allfeld	§ 95 III S. 429
Dalcke	§ 303 Anm. 91
Entwürfe VE 09 - E 36	s. u. S. 87 ff
Frank	§ 303 Anm. II 1
Gerland	§ 154 I 3 S. 563
Hälschner	§ 112 S. 387
Hering	S. 17 m. w. N.
v. Liszt-Schmidt	§ 132 III 2 (" h. M." m. w. N.)
Meyer	§ 87 Anm. 4 S. 536
v. Ohlshausen	§ 303 Anm. 4 b (m. w. N.)
Rieger	S. 10 f, 22, 36
Rottmüller	S. 36
Schmoller	S. 181
Schwartz	§ 303 Anm. 2 b
Westerburg	S. 42

b) nach 1945

Dreher	§ 303 Anm. 2 A d
E 62	s. u.
Gallas	s. u. aaO
Kaufmann, Armin	S. 297 ff
Lackner-Maassen	§ 303 Anm. 3

---

1) RGSt 20,185

Maiwald	S. 127 f
Mezger	§ 54 I 2
Mühlmann-Bommel	§ 303 Anm. 3
Niethammer	XVII 2 S. 371
Otto	S. 318
Peter	S. 55 ff
Petters-Preisendanz	§ 303 Anm. 2 ("h. L.; a. A. Maurach")
Säftel	S. 114
Schäfer (in Dalcke)	§ 303 Anm. 4
Schönke-Schröder	§ 303 Anm. 8
Welzel	§ 51 I 1 b

2. Rechtsprechung

ständige Rspr. seit RGSt 13; 29; vgl. z. B. RGSt 20, 185; 64, 250 -

IV. Die herrschende Meinung

Von mehreren Ausnahmen in der Anfangszeit abgesehen[1] vertritt die Rspr.[2] und unter Berufung auf diese auch die h. L.[3] folgenden Standpunkt:
Für die Beeinträchtigung der Brauchbarkeit der Sache genüge die Einwirkung auf die Substanz der Sache; eine Verletzung der Substanz sei nicht erforderlich.
Es wird "ein Sachganzes selbst bei stofflicher Unversehrtheit aller einzelnen Teile als beschädigt bezeichnet, wenn ihm eine zu seinem Wesen notwendige Eigenschaft entzogen wird"[4].
Im Zusammenhang mit dieser Meinung liest man u. a., daß "eine Uhr, solange sie nicht in Bewegung gesetzt werden kann, ihre eigentümliche Zweckbestimmung, als

---

1) s. u. S. 59 Anm. 1 u. 2

2) z. B. Königl. Obertribunal Oppenhoff Rspr. 3, 59 RGSt 20, 183; 31, 329; 43, 204; 74, 14; BGH 13, 208 m. w. N.

3) z. B. Schönke-Schröder § 303 Anm. 8 m. w. N.; Dreher § 303 Anm. 2 A a; Lackner-Maassen § 303 Anm. 2; Welzel § 51 I 1 b

4) RGSt 20, 183

Zeitmesser zu dienen, nicht mehr erfüllen kann und daher dem Wesen nach aufgehört hat, Uhr zu sein"[1]. Angenommen die "Uhr", welche nach dem RG-Beispiel durch Hineingießen einer schleimigen Flüssigkeit zum Stillstand gebracht wurde, würde vom Eigentümer zum Verkauf angeboten; der Eigentümer könnte sie zu Recht - jedoch entgegen dem RG - nur als "Uhr" anbieten, und der Käufer sie nur als solche erwerben.

Entsprechend wurde die Ansicht vertreten, daß "ein Wegweiser nur durch seine richtige Aufstellung ein Wegweiser ist, derjenige also, der sie unkenntlich macht und beseitigt, allerdings den Wegweiser als solchen zerstört"[2]. "Allerdings" bliebe wohl dem RG und dem Königlichen Obertribunal bei einer Tatortbesichtigung nichts anderes übrig als zu konstatieren: "Hier liegt der Wegweiser, den A ausgegraben oder herausgelöst hat."
Derartige Auslegungen des § 303 sind jedoch abzulehnen. Denn die Rspr. und ihr folgend die h. L. erreicht sie - ähnlich wie Maurach[3] - unter Einschaltung eines im Gesetz nicht enthaltenen Oberbegriffes. Sie setzt "Beschädigen" mit "Unbrauchbarmachen"[4] oder "Aufhebung der Gebrauchsfähigkeit"[5] gleich. Während "Beschädigen" auf den Sachkörper, auf die Sachsubstanz hinweist, bezieht sich "Unbrauchbarmachen" nur noch auf den vom Eigentümer mit der Sache verfolgten Zweck[5]. Daß dieser Zweck auch ohne Beschädigung der Sache über eine Entziehung vereitelt werden kann, ist unbestritten; die SE ist ein lebhaftes Beispiel dafür.
Da in den genannten Fällen eine Substanzverletzung nicht vorliegt, kann bezüglich der Ablehnung dieser Analogie, welche Rspr. und h. L. verwenden, auf die obigen Erörterungen verwiesen werden[6].

---

1) RGSt 20, 184
2) Obertribunal, Oppenhoff Rspr. 3,59, worauf sich RGSt 31,329 beruft
3) s. o. S. 45
4) so z. B. RGSt 20,185
5) so z. B. RGSt 74,14
6) s. o. S. 45

Die Ansicht von Rspr. und h. L., wonach eine Substanzverletzung für die Sachbeschädigung nicht konstitutiv ist, erweist sich daher als nicht haltbar[1].

D. Gesamtergebnis der Strafbarkeit des Grunddelikts SE im StGB

Keine der Gegenmeinungen vermochte in rechtlich einwandfreier Weise darzulegen, daß die SE, welche nicht in Beziehung zu einer Sachbeschädigung - im hier vertretenen Sinne - steht, durch § 303 irgendwie erfaßt werden könnte.
Daher kann festgestellt werden, daß die Entziehung der Sache im StGB straflos ist.

E. Das Verhältnis von SE und Sachbeschädigung

I. Grundsätzliches

In Bezug auf die Rolle der SE gegenüber der Sachbeschädigung ist angesichts der h. M. insbesondere folgende Wechselwirkung zu beachten.
Da als rein negierendes Eigentumsdelikt nur die Sachbeschädigung zur Verfügung stand, versuchte man bis an und über[2] die Grenzen der Rechtmäßigkeit hinaus vielfältige Eigentumsdelikte als Beschädigen der Sache anzusehen. Hätte von Anfang an neben der Sachbeschädigung ein Delikt der SE (Wegnehmen und Vorenthalten) bestanden, so wäre es möglich gewesen, die Sachbeschädigung, wie es z. B. anfangs Frank,

---

1) Die Tatsache, daß die Mehrzahl der Entwürfe (s. u.) das "Unbrauchbarmachen" neben dem "Beschädigen" nennen wollen, verdeutlicht ebenfalls, daß eine Ausdehnung des Begriffs "Beschädigen" über die Substanzantastung hinaus, diesen Begriff sprengt; Entwürfe: z. B. Schmoller S. 181; E 22 § 286; E 25 § 294; E 27 § 326; E 36 § 477; E 62 § 249;

der neue § 133 enthält als Tatmodalitäten sogar "Zerstören", "Beschädigen", "Unbrauchbarmachen" und "Entziehen" nebeneinander.

2) so z. B. Maurach s. o. S. 39 ff (45)

v. Hippel, v. Liszt, Thomsen[1] und das RG[2] taten, nur als das zu verstehen, was sie - unabhängig von den sich aus der Unvollständigkeit von Kodifikationen ergebenden Auslegungs- und Ausdehnungsproblemen - innerhalb der Gesamtschau der Eigentumsdelikte ist, nämlich als Substanzverletzung.
Das StGB erfüllt das Bedürfnis nach einem über die Substanzverletzung hinausgehenden rein negierenden Eigentumsdelikt nicht. Daher ist der Begriff des Beschädigens derart ausgedehnt worden, daß viele Eigentumsverletzungen, welche die Substanz nicht verletzen, sondern die Sache "nur" unbrauchbar machen[3], ohne weiteres als Sachbeschädigungen angesehen werden können.
Dies geschah auf dem Umweg über den spezifisch für die zusammengesetzten Sachen entwickelten Beschädigungsbegriff. Dieser geht zwar nicht mit einer Substanzverletzung aus rein naturwissenschaftlicher Sicht[4], wohl aber aus rechtlich wertender Sicht einher[5]. Das hielt man sich jedoch nicht bewußt, sondern sah nur noch das Ergebnis, welches darin bestand, daß die Sache "unbrauchbar" geworden war. Diese Formel ließ man dann für das Vorliegen einer Sachbeschädigung generell und allein maßgeblich sein.

---

1) Frank 18. Aufl. II 1 (der allerdings bezüglich der zusammengesetzten Sachen mit RGSt 20, 182 der "Demontierung einer Maschine" den Fall der Blokkierung der Maschine durch einen Keil "gleichstellen" will);
v. Hippel § 69 III S. 249 f, "Eingriff in die Sachsubstanz", "entsprechend der Körperverletzung" (S. 249 Anm. 10);
v. Liszt 4. Aufl. § 132 II 2, auch Anm. 2 (gegen RGSt 20, 182);
Thomsen BT S. 441 f (anders jedoch bezüglich der zusammengesetzten Sachen; Störung des Zusammenhanges und des Zusammenwirkens wird als Sachbeschädigung betrachtet);
desgleichen Rottmüller S. 36
2) z. B. RGSt 13, 27 (29)- 32, 190- 33, 178- 39, 329; es wird jeweils betont, daß die Substanz "alteriert" bzw. "betroffen" sein muß;
ebenso Amtsgericht Stadtroda JW 36, 1702
3) vgl. auch RGSt 13, 207 f
4) vgl. o. S. 10 ff
5) s. u. S. 68 f

Für die SE blieb angesichts dieser Lage nur noch ein Restbestand an Deliktshandlungen übrig. Da vorliegend jedoch versucht wird, SE und Sachbeschädigung neu voneinander abzugrenzen (Sachbeschädigung nur bei Substanzverletzung), kann auf diese von der h. M. getragene Rechtspraxis keine Rücksicht genommen werden.

II. Systematische Abgrenzung

Soeben war festgestellt worden, daß sich das Entziehen einer Sache nicht als deren Beschädigen auffassen läßt. Das besagt noch nichts darüber, in welchem Rang- oder Qualifikationsverhältnis diese beiden Arten der Eigentumsverletzung stehen. Es wird teilweise behauptet, die SE sei keine dem Beschädigen (bzw. Zerstören) gleichrangige Form der Eigentumsverletzung. So meint Maiwald[1)], es sei ungereimt, "daß das Entziehen der Sache und das Beschädigen und Zerstören nebeneinanderstehen, obwohl die beiden Modalitäten in Wahrheit nicht gleichgeordnete Möglichkeiten der Eigentumsverletzung sind, die SE vielmehr nur eine Art und Weise ist, die Brauchbarkeit der Sache zu beeinträchtigen - aus welcher Definition das Beschädigen und Zerstören seinen Gehalt bezieht".
Mit dem letzten Halbsatz hat sich Maiwald zu Recht selbst widerlegt: Die Eigentumsverletzung sieht er in der Beeinträchtigung der Brauchbarkeit. Die SE sieht er als eine Art und Weise, die Brauchbarkeit zu beeinträchtigen. Aber auch die Sachbeschädigung sieht er als Art und Weise der Brauchbarkeitsbeeinträchtigung.
Daß SE eine besondere Form der Sachbeschädigung, also der Brauchbarkeitsbeeinträchtigung durch Beschädigen der Sache ist, hat er damit nicht begründet. Vielmehr hat er - offenbar unbewußt - die Gleichrangigkeit erkannt. Wenn man für das Beschädigen, wie hier erfolgt, eine Substanzverletzung fordert, dann kann die faktische Enteignung ohne

---

1) S. 139

Substanzverletzung nicht ein Unterfall der Sachbeschädigung sein. Nur wenn man sich von der Substanzverletzung völlig löst, fallen, wie es sich bei Maurach gezeigt hatte[1], alle Eigentumsverletzungen unter die Sachbeschädigung. Dies soll jedoch vorliegend durch das Erfordernis der Substanzverletzung bei der Sachbeschädigung gerade vermieden werden, während für die SE die Anmaßung einer Ausschlußherrschaft über den Sachkörper gefordert wird.
Übrigens könnte man auch gerade umgekehrt argumentieren: Für SE genügt zur Brauchbarkeitsbeeinträchtigung die körperlich wirkende Herrschaft über die Sache, zu dieser Herrschaft muß bei Sachbeschädigung die Verletzung des Sachkörpers hinzukommen. Sachbeschädigung erschiene dann als Spezialfall der SE. Sachbeschädigung und SE weisen jedoch in ihrer Verwirklichung z. B. bereits rein optisch derart verschiedene Eingriffshandlungen auf, daß die Annahme eines Stufenverhältnisses keinen Nutzen brächte. SE und Sachbeschädigung sind daher als gleichrangige Formen der Eigentumsverletzung durch körperlich wirkende Einflußnahme auf die Brauchbarkeit einer Sache anzusehen.

III. Tatbestandliche Abgrenzung in Einzelfällen

1. Problemstellung

Soeben wurde grundsätzlich ermittelt, daß und auf welche Weise SE und Sachbeschädigung begrifflich getrennt werden können, sowie daß sich SE und Sachbeschädigung als rein negierende Eigentumsdelikte gleichrangig gegenüberstehen.
Im folgenden soll untersucht werden, ob sich die erarbeiteten Grundsätze im Speziellen als praktikabel erweisen, d. h. ob bei ihrer Anwendung eine zufriedenstellende alternative Einordnung problematischer Fälle in den Bereich der SE oder der Sachbeschädigung möglich ist.

---

1) s. o. S. 45

Als Abgrenzungskriterium wurde die "Substanzverletzung"[1] ermittelt.
Bezüglich der Lösungen, die bei Anwendung dieses Abgrenzungsmerkmals erreicht werden, ist folgendes zu bemerken: SE und Sachbeschädigung sind in den verschiedensten Hinsichten eng verwandt. Beide Delikte schützen das gleiche Rechtsgut; beide haben rein negierenden Charakter; es wird jeweils der Sachkörper einer Beherrschung unterworfen; die grundsätzlich verschiedenen Tathandlungen führen zum faktisch gleichen Ergebnis. Beide Delikte haben daher den gleichen Unrechtsgehalt. Bei derartigen Beziehungen zwischen zwei Delikten ergeben sich - wenn auch die Tathandlungen in ihrem Ausgangspunkt grundsätzlich verschieden sind - angesichts der Unvollkommenheit jeder tatbestandlichen Umschreibung notwendigerweise Grenzfälle, wo beide Delikte ineinander übergehen. Um tatbestandliche Klarheit zu bewahren, wird eine Abgrenzung erforderlich.
Eine praktikable Abgrenzung kann jedoch bei derart enger Verwandtschaft und daher enger Verflechtung der Fallgruppen zwischen den beiden Delikten nur formal-dogmatischer Natur sein.
Vor diesem Hintergrund müssen die mit Hilfe des formalen Merkmals "Substanzverletzung" vorzunehmenden Qualifizierungen der problematischen Grenzfälle als SEen oder Sachbeschädigungen gesehen werden.

2. Einzelfälle

Im folgenden soll auf einige problematische Fälle, darunter auch Sachzerlegung, Vermischung, Verbindung und Verarbeitung eingegangen werden.

a) Die sachkörperbezogene[2] Hinderung der Beweglichkeit

Für die Abgrenzung der SE von der Sachbeschädigung sollte auf den Schaden am Sachkörper, d. h. auf die Substanzverletzung abgestellt werden.

---

1) s. o. S. 10 ff u. S. 32 f
2) vgl. o. S. 32 f

Eine Maschine, deren Mechanismus durch Einfügung eines Holzstückes lediglich blockiert wurde, kann dementsprechend nicht als beschädigt angesehen werden[1]. Sie ist dem Eigentümer vielmehr für die Zeit der Nichtnutzbarkeit entzogen (vorenthalten) worden. Gleiches gilt, wie gesagt[2], z. B. für das Anschließen eines Motorrades mit Stahldrahtschlössern an ein Eisengitter, wodurch der ganze Sachkörper in seiner zur Nutzung erforderlichen Beweglichkeit gehindert wird; oder für das Umschließen eines Rades und des entsprechenden Rahmenstückes des Motorrades, wodurch nur ein Teil des Sachkörpers in seiner Beweglichkeit gehindert wird.
Denkbar wäre weiterhin der Fall, daß die Entfernung der hinzugefügten, die Beweglichkeit hindernden Sache nur unter Beschädigung der ursprünglichen möglich ist. So etwa, wenn Teer oder eine andere Masse in eine Maschine gegossen wurde und das mechanische Loslösen oder die chemischen Lösungsmittel die Substanz der Maschine verletzen würden. Hier stellt sich die Frage, ob bei derartiger Sachlage nicht von einer Sachbeschädigung gesprochen werden kann. Die dafür notwendige Substanzverletzung ist jedoch noch nicht erfolgt. Ob und wann dies geschieht steht ebenfalls nicht fest. Möglicherweise kauft sich E eine neue Maschine.
Dessen ungeachtet wurde die Maschine jedoch durch die Hinzufügung der Materie der Nutzung des E entzogen. Eine Beschädigung der Maschine durch Herauslösen der Materie, wäre nur das Zeichen des Bestrebens, die bereits vorliegende faktische Enteignung, die SE, aufzuheben. Das Abgrenzungsmerkmal "Substanzverletzung" erweist sich daher in den Fällen der Hinderung der Beweglichkeit als brauchbar.

---

1) a. A. RGSt 20,182, welches Unbrauchbarkeit mit Beschädigung gleichsetzt; ebenso Dreher § 303 Anm. 2 A; Maurach BT § 25 II A 2; Welzel § 51 I 1 b;
wie hier: Otto S. 317 Fall Nr. e; v. Liszt 4. Aufl. § 132 II 2 Anm. 2

2) vgl. o. S. 33

b) Die sachkörperbezogene Hinderung der Wahrnehmbarkeit

Wird eine Sache (z. B. Schild am Haus, Verkehrszeichen, Denkmal) verhüllt, so daß sie dementsprechend nicht wahrzunehmen ist, so scheidet Sachbeschädigung mangels Substanzverletzung aus. Vielmehr wurde durch Anmaßung einer sachkörperbezogenen Beherrschung der Sache der Zweck, den der Eigentümer mit ihr verband, in der Regel vorübergehend, zunichte gemacht; es liegt daher eine SE vor.
Soweit keine Substanzverletzung erfolgt, kann es keinen Unterschied machen, ob die Verhüllung der Sache durch Umbinden mit Textilstoffen oder durch Beschmieren, Übermalen, Überkleben[1] mit anderen Materialien, insbesondere Farbstoff, erreicht wird.

Im Rahmen der SE durch Hinderung der Wahrnehmbarkeit ist zu betonen, daß die Hinderung - wie gefordert - sachkörperbezogen sein muß; d. h. sie muß Unmittelbarkeit zum Sachkörper aufweisen.
Wenn daher der Nachbar dem Grundstückseigentümer E rechtswidrig den Blick, z. B. zu dem auf der anderen Talseite gelegenen Gebirge, versperrt, indem er auf seinem eigenen Grundstück ein Hindernis errichtet, so fehlt den Hinderungsmaßnahmen die Sachkörperbezogenheit. Er hat dem E weder dessen Grundstück, was die Nutzbarkeit als Ausblicksort anbelangt, noch die

---

1) weitgehend wird hier Sachbeschädigung angenommen; z. B. RGSt 43, 204 (Beschmieren einer Büste mit Farbstoff); und zwar ausdrücklich auch für den Fall, daß die Farbe die Substanz der Büste nicht verändert oder in sie eindringt, sondern einwandfrei entfernt werden kann; Dreher § 303 Anm. 2 Aa m. w. N.; Schönke-Schröder § 303 Anm. 9; Lackner-Maassen § 303 Anm. 2 m. w. N.; ebenso Otto S. 317 Fall Nr. a; es erscheint jedoch widersprüchlich, wenn Otto die Sachbeschädigung hier bejaht, während er sie bei der Blockierung der Maschine durch Hinzufügung eines Holzstückes ablehnte und SE annahm. Er begründete dies damit: "Nicht die Funktionsfähigkeit der Sache wird in Mitleidenschaft gezogen sondern das Funktionieren der unbeschädigten Sache wird verhindert". In beiden Beispielen handelt es sich jedoch um Hinzufügung von Materie. Ein Kriterium dafür, wann eine Hinzufügung "die Funktionsfähigkeit der Sache in Mitleidenschaft zieht" und wann nicht, sucht man vergeblich. Da diese Begriffe zu unpräzise sind, vermögen sie auch keine brauchbare Abgrenzung zwischen Sachbeschädigung und SE zu liefern.

gegenüberliegenden Berge entzogen, da keines der Objekte mit dem Hindernis unmittelbar zusammenhing.

Das Merkmal der Sachkörperbezogenheit verhindert daher eine mögliche Überdehnung des SE-begriffs.

c Die sachkörperbezogene Hinderung der Aussagefähigkeit

Ein typischer Fall dieser Gruppe ist das Verdrehen eines Wegweisers. Hier bleibt der Sachkörper unverletzt, so daß Sachbeschädigung ausscheidet[1]. Jedoch ist ihm die Fähigkeit, wahre Aussagen über die Ortsverhältnisse zu machen, durch Beherrschung des Sachkörpers genommen worden, was eine SE darstellt.

c' Die sachkörperbezogene Hinderung der Empfangs- oder Weiterleitungsfähigkeit[2]

Hierbei ist z. B. an das Verdrehen oder Umstellen einer Antenne oder eines Reflektors gedacht, welche - ohne Veränderung der Konstellation etwaiger Teilstücke der Sache zueinander[3] - dadurch ihre Aufgabe des Empfangs oder der Weiterleitung, in der Regel vorübergehend, nicht mehr erfüllen können.
Eine Substanzverletzung liegt nicht vor; eine Sachbeschädigung scheidet somit aus. Vielmehr wurde auch hier durch Beherrschung des Sachkörpers die Sache der Nutzung durch den Eigentümer entzogen, so daß eine SE vorliegt.
Gleiches gilt für das Ausgraben und Danebenlegen eines Steines, der den Wasserstand anzeigen sollte[4].

---

1) a. A. Obertribunal, Oppenhoffs Rechtsprechung 3, 59 u. RGSt 31, 331 (Beseitigung der richtigen Aufstellung des Wegweisers, der nur durch diese Aufstellung ein Wegweiser sei, bedeute Zerstörung des Wegweisers) s. o. S. 57 Anm. 2; s. u. Anm. 4

2) Diese Fälle können sich mit den Aussagefällen (c) überschneiden

3) s. u. S. 68 ff

4) a. A. RGSt 31, 329; inwieweit das Ausgraben eine Beschädigung des Grundstücks bedeutet, ist Frage des Einzelfalles; das RG stellte darauf jedenfalls nicht ab; zur Frage der Sachzerlegung s. u. f); gegen RGSt 31 z. B. v. Liszt-Schmidt 24. Aufl. 1922 § 132 II 2 Anm. 4; Frank 18. Aufl. § 303 Anm. II 1

e) Die sachkörperbezogene Hinderung der Beherbergungsfähigkeit

Hierunter fallen das von Maurach[1] als Sachbeschädigung betrachtete Aussetzen von Wanzen in einem fremden Bett, soweit dieses nach dem Entfernen der Tiere nicht durch Rückstände substantiell verletzt ist. Weiterhin das Verstreuen von Reißnägeln oder Glassplittern ohne Substanzverletzung z. B. innerhalb eines Kfz, welches erst nach sorgfältigem Untersuchen und Entfernen der Sachen wieder benutzbar ist.

Auch hier blieb die Substanz jeweils unverletzt, jedoch wurde die Sache den Zwecken des Eigentümers, welche darin bestanden, Menschen oder Sachen zu "beherbergen", durch Beherrschung des Sachkörpers entzogen[2].

f) Die Sachzerlegung

aa) Die zerlegbaren Sachen

Das "Zerlegen" einer einfachen Sache, d. h. einer regelmäßig aus einem Stoff bestehenden[3], eine natürliche Einheit bildenden[4] Sache bedingt einen Eingriff in die Substanz. Es handelt sich somit um eine Sachbeschädigung.
Als einfache Sache sind z. B. anzusehen: ein Holzstück, ein Barren Gold, ein Stück Butter, ein Getreidehaufen[3], dementsprechend auch sonstige weiche Massen, sowie Flüssigkeiten oder Gase[5], soweit sie durch irgendwelche Kräfte zu einer Agglomeration zusammengehalten werden. Solche Kräfte können z. B. die Gefäßspannung, der Luftdruck, eine Strahlung sein. Das Aufheben der Agglomeration z. B. des Holzstücks, des Goldbarrens wie der Flüssigkeit, bedeutet die

---

1) BT § 25 II A 2

2) Ähnlich die Hinderung der Begeh- oder Betretbarkeit einer Immobilie; vgl. auch u. S. 195 ff; Das RG in RGSt 74, 15 nimmt Sachbeschädigung an (Auflegen von Baumstämmen auf eine Straße)

3) Palandt-Danckelmann § 93 Anm. 4

4) Soergel-Baur vor § 90 Anm. 25

5) Welzel § 46 1 a

Beschädigung bzw. Zerstörung der ursprünglichen Sache[1) 2)].

Dementsprechend ist auch das Zurückschaufeln des gewonnenen Flußkieses[3)] und das Ausströmenlassen von Dampf[4)] zu beurteilen. Das Zurückschaufeln wie das Ausströmenlassen bewirkt eine Aufhebung der vorherigen Einheit, welche eine - einfache - Sache i. S. des BGB darstellte, also deren Zerstörung.
Da eine einfache Sache nicht aus mehreren Einzelsachen zusammengesetzt ist, wäre es unangebracht, bei der Beschädigung der einfachen Sache, welche die Abspaltung eines Stückes zur Folge hat, von "Zerlegung" zu sprechen. Dieser Begriff kann daher besser für die aus mehreren Einzelsachen bestehende Sache verwendet werden, wobei eine Substanzverletzung der Einzelsachen ausgeschlossen sein soll.
Neben der einfachen Sache gibt es die aus einfachen Sachen "zusammengesetzten" Sachen[5)] - Möbelstücke - und Sachgesamtheiten[6)] (z. B. Viehherde).
Die Sachgesamtheit stellt zivilrechtlich keine neue eigenständige Sache dar[6)]. Da den Untersuchungen der zivilrechtliche Sachbegriff zugrunde liegt[7)], ist die Annahme einer Sachbeschädigung oder SE bezüglich der Gesamtsache nicht vertretbar[8)].
Dergleichen kann nur bezüglich der einzelnen Sachen der Sachgesamtheit vorliegen.
Für den im Einzelfall durchaus diskutablen Strafrechtsschutz einer Gesamtsache wäre deshalb eine besondere Strafnorm erforderlich.

---

1) Dies verkennt Westerburg (S. 11, 47), der das Ausströmenlassen von Gas, das Leerlaufenlassen eines Weinfasses u. das Verdunstenlassen von Äther aus einer Flasche als SEen ansieht.

2) bezeichnend die Tatbestandsfassung im italienischen Strafrecht; Art. 635 "Sachbeschädigung": "Wer ... zerstört, zerstreut, beschädigt ..."

3) s. o. S. 48

4) s. o. S. 52

5) Soergel-Baur vor § 90 Anm. 25

6) ders. Anm. 6

7) s. o. S. 7 ff

8) vgl. auch Saftel S. 72

Die zusammengesetzte Sache, für welche "neben der gemeinsamen wirtschaftlichen Zweckbestimmung noch eine nur mit erheblichem Aufwand zu lösende Verbindung erforderlich (Fahrzeug, Gebäude, Möbelstück ...)"[1] ist, stellt jedoch eine Sache i. S. des BGB dar. Sie ist eine neue selbständige Sache, deren Bestandteile die Selbständigkeit verloren haben[2].
An zerlegbaren Sachen i. S. der Erörterungen kommen daher nur die zusammengesetzten Sachen in Betracht.

bb) Die Zerlegung zusammengesetzter Sachen

Daß die zusammengesetzte Sache als neue, eigenständige Sache anzusehen ist, während die die Bestandteile bildenden Sachen ihre Eigenständigkeit verloren haben, beruht allein auf der Tatsache der Zusammensetzung.
Anerkennt man daher, daß Sachqualität allein der neuen zusammengesetzten Sache und zwar auf Grund der Zusammensetzung zukommt, dann muß jede auch nur teilweise Auflösung der Zusammensetzung als Verletzung des neuen, eigenständigen Sachkörpers der zusammengesetzten Sache angesehen werden, mögen auch die Bestandteile substantiell unverletzt geblieben sein.
Werden z. B. von einer antiken Uhr Teile abmontiert und danebengelegt, so bietet sich als Ansatzpunkt für die Frage, ob Sachbeschädigung oder SE vorliegt, nur die allein Sachqualität besitzende einheitliche Uhr an. Läge SE vor, so müßte die Uhr völlig unverletzt geblieben, an ihrem Sachkörper dürfte kein Schaden festzustellen sein[3]. Nach dem Abmontieren von Teilen kann jedoch der maßgebliche Sachkörper, die Uhr, nicht mehr als körperlich unverletzt bezeichnet werden, so daß eine SE ausscheidet. Im Fall der völligen Zerlegung der Uhr in ihre Einzelteile träte dies noch deutlicher zutage. Hier liegt vielmehr auf Grund der Substanzverletzung der Uhr

---

1) vgl. Soergel-Baur § 93 Anm. 1; durch diese relativ klare Definition sind Grenzfälle zwischen zusammengesetzten Sachen u. Sachgesamtheiten weitgehend vermieden.

2) ders. Anm. 2

eine Sachbeschädigung vor[1].

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn Sonderrechte an Teilen der Sache bestehen. So etwa, wenn am Serienmotor des Kfz noch Eigentumsvorbehalt besteht[2]. Es ist denkbar, daß der Eigentümer des Motors V diesen aus dem im Eigentum des E stehenden Wagen ausbaut. Auch hier liegt tatbestandsmäßig eine Sachbeschädigung und zwar gegenüber E als Eigentümer des Wagens vor. Denn obgleich der Motor als nicht "wesentlicher Bestandteil" sonderrechtsfähig war, blieb er "Bestandteil"[3] des Kfz und damit der wirtschaftlichen Einheit.

Der Zerlegung verwandt ist die Veränderung der Konstellation von Teilen der zusammengesetzten Sache zueinander[4].

Zu denken wäre an Veränderungen der Justierung von Geräten durch Verschiebungen der entsprechenden Zeiger oder Hebel. So etwa bei einer Uhr, so daß sie in einer anderen Geschwindigkeit läuft als es der Eigentümer will; bei einem Empfangsgerät für elektromagnetische Wellen (z. B. Rundfunk- oder Fernsehgerät), so daß keine oder eine andere Wellenlänge empfangen wird; bei einem Turmkran durch Verschiebung der Ausgleichsgewichte, so daß er bei einer Belastung umstürzen würde.

Die Sache, etwa das Fernsehgerät, bietet sich nach der Tat nicht mehr als substantiell unverletzt dar. Denn die Frage, was als Substanz anzusehen ist, kann nur aus dem Blickwinkel der neuen, zusammengesetzten Sache beantwortet werden. Danach aber wird die Substanz der zusammengesetzten Sache durch die Konstellation der Substanzen der Bestandteile gebildet. Wird diese Konstellation irgendwie verändert, so liegt - entsprechend der Betrachtungsweise bei den einfachen Sachen[4] - eine Verletzung der Substanz der zusammengesetzten Sache und damit eine Sachbeschädigung vor.

1) so die h. M.; z. B. Welzel § 51 I 1 b; Dreher § 303 Anm. 2 A c; Schönke-Schröder § 303 Anm. 8; RGSt 13, 29; 64, 251 f; 65, 356
2) vgl. Baur LB Sachenrecht § 53 a II 2 a
3) vgl. Soergel-Baur § 93 Anm. 1 - 3
4) zur Konstellationsveränderung bei der einf. Sache s. o. S. 11 ff

cc) Ergebnis

Die Sachzerlegung wie auch die Konstellationsveränderung bei zusammengesetzten Sachen stellen daher Sachbeschädigungen dar. Sollten diese Handlungen unter Substanzverletzung der einzelnen Bestandteile erfolgen, so ergeben sich keinerlei Abgrenzungs- oder Konkurrenzprobleme, da nur § 303 eingreift.

g) Vermischung, Verbindung, Verarbeitung

aa) Die Vermischung

Die Vermischung (§ 948 BGB) hebt die ursprüngliche Agglomeration auf. Zwar bleibt die Agglomeration nicht aufgelöst, sondern sie wird in einer neuen Agglomeration gefaßt, welche daher wieder eine, allerdings neue Sache i. S. des BGB darstellt. Diese Sache ist jedoch mit der ursprünglichen körperlich-materiell nicht identisch. Es kann sich daher nicht um eine SE, sondern nur allenfalls um eine Sachbeschädigung in Form der Sachzerstörung handeln. Letzteres ist zu bejahen, da in die Substanz der ursprünglichen einfachen Sache eingegriffen wurde[1]. Erwirbt der Täter durch die Vermischung das Alleineigentum (§§ 948 Abs. 1, 947 Abs. 2), so liegt bei entsprechendem Vorsatz ein Zueignungsdelikt vor. Davon dürfte die Sachbeschädigung als konsumiert erscheinen[2]. Erwirbt der Täter Miteigentum, so steht ihm an dem Gemisch ein entsprechender Anteil zu (§§ 948 Abs. 1; 947 Abs. 1). Dieser Anteil enthält auch Elemente des Verletzteneigentums. Daher liegt auch hier bei entsprechendem Vorsatz Zueignung vor.

bb) Die Verbindung

Bei der Verbindung (§§ 946, 947 BGB) werden die verbundenen Sachen wesentliche Bestandteile der neuen Sache. Das bedeutet zwar, daß sie sonderrechtsunfähig[3] werden. Auch kann die einzelne Sache beim

---

1) s. o. S. 66 ff

2) vgl. auch Welzel § 30 II 3 a

3) vgl. Soergel-Baur § 93 Anm. 3

Vorgang der Verbindung substantiell verletzt werden. Eine Zerstörung wird jedoch durch die Verbindung regelmäßig nicht bewirkt. Substantiell besteht daher die einzelne Sache nach der Verbindung ebenso wie davor. Ihre Selbständigkeit und damit ihre Sacheigenschaft im rechtlichen Sinne ist während der Dauer der Verbindung lediglich zu Gunsten der Sacheigenschaft der neuen Sache in den Hintergrund gedrängt.

Somit stellt die Verbindung regelmäßig eine SE dar, manchmal in Tateinheit mit einer Sachbeschädigung. Erfolgte die Verbindung unter Zerstörung des Sachkörpers, so liegt keine SE vor. Denn SE setzt begrifflich voraus, daß nach der Tat die ursprüngliche Sache (wenn auch beschädigt) noch vorhanden ist, von der man sagen kann: Das ist die entzogene Sache[1]. Im Falle der Zerstörung wäre dies unmöglich. Ein Zueignungsdelikt liegt hier unter den oben[2] beschriebenen Umständen vor.

cc) Die Verarbeitung

Die Verarbeitung geht notwendigerweise mit einer Substanzverletzung einher. Erwirbt der Täter nach § 950 I BGB kein Eigentum, so handelt es sich um eine Sachbeschädigung. Erwirbt er Eigentum, so kommt neben der Sachbeschädigung nicht SE, sondern ein Zuordnungsdelikt in Frage.

h) Ergebnis

Das Abgrenzungskriterium zwischen Sachbeschädigung und SE, wonach Sachbeschädigung von einer Substanzverletzung abhängt, erweist sich daher als brauchbar.

---

1) s. o. S. 32

2) s. o. S. 70; vgl. hier insbes. § 946 BGB

F. Die SE in der Systematik des StGB

Die SE ist Eigentumsdelikt. Sie steht in Beziehung zu den Zuordnungsdelikten und zur Sachbeschädigung. Dies insofern, als sie tatbestandkonstruktiv das Grunddelikt der Zuordnungsdelikte darstellt[1], zum anderen, was die reine Enteignung anbelangt, der Sachbeschädigung grundsätzlich gleicht[2]. Die Zuordnungsdelikte werden von der SE tatbestandlich dadurch abgegrenzt, daß bei ihnen zur Enteignung die Zuordnung hinzukommen muß. Die tatbestandliche Abgrenzung der beiden Enteignungsdelikte SE und Sachbeschädigung wird darin gesehen, daß die Enteignung bei der Sachbeschädigung im Gegensatz zur SE durch eine Substanzverletzung erreicht wird. Es besteht daher kein Anlaß, eine SE-norm mit einer Subsidiaritätsklausel zu versehen[3].

---

1) s. o. S. 4 f

2) so auch o. S. 62

3) so im Ergebnis auch z. B. die E 22, 25, 27, 30, Maiwald; anders: z. B. KE 13, E 19, 36, 62, Gallas; vgl. jeweils u. S. 90 ff

§ 4 Sonderformen der SE im StGB

A. Überblick

Das Fehlen des Grundtatbestandes der SE im StGB bedeutet noch nicht, daß die SE nicht in besonderen Formen - im folgenden "Sonderformen" genannt - erfaßt sein könnte.

So mögen Qualifikationen des Grundtatbestandes im StGB enthalten sein, d. h. Delikte derselben Schutzrichtung wie die SE - also auf Eigentumsschutz ausgerichtet - wobei jedoch zum Grundtatbestand besondere Merkmale hinzukommen.

Desgleichen könnten Delikte zu finden sein, welche zwar nicht das Eigentum, aber vergleichbare, ähnliche Rechtsgüter schützen (im folgenden "verwandte Delikte" genannt).

Schließlich kämen zur Abrundung der Übersicht Delikte in Betracht, die völlig andere Rechtsgüter schützen, aber in Form der SE begangen werden können bzw. bei deren Begehung unter anderem SEen verwirklicht werden können (im folgenden "sonstige Delikte" genannt).

Dabei kommen nur Delikte, welche wie die SE rein negierender Natur sind, in Betracht.

B. Die Deliktsgruppen

I. Übersichts-Tabelle

Die folgende Tabelle versucht, die in Frage kommenden Delikte des StGB nach den genannten Gesichtspunkten einzuteilen.

Dabei soll nur die teleologische Hauptschutzrichtung der Norm maßgebend sein. Ob teilweise auch das Eigentum indirekt mitgeschützt wird, kann daher keine Rolle spielen.

A. Grunddelikt - fehlt -

B. Qualifikationen

mit Einschränkung:

§ 313 § 314	Schutz des Eigentums auch gegen Entziehung bei für das Eigentum gemeingefährlicher Überschwemmung	"Gefahr für das Eigentum"

C. Verwandte Delikte (nach Schutzrichtungen unterschieden)

I. Rechtsverhältnisse zivil- oder öffentlichrechtlicher Natur zwischen dem Berechtigten und einer Sache

§ 133	amtlicher Verwahrungsbesitz	"entziehen"
§ 136 I	öffentlichrechtliches Gewaltverhältnis	"entziehen"
§ 168	Gewahrsam an der Leiche	"wegnehmen"
§ 288	Zwangsvollstreckung wegen Herausgabe einer Sache (bei dinglichem oder obligatorischen Anspruch des Gläubigers)	"beiseite schaffen"
§ 289	Dingliche oder obligatorische Rechte an einer Sache	"wegnehmen"

II. Vermögen (nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff)

§ 259	Vermögen	"sich oder einem Dritten verschaffen, absetzen (helfen)"
§ 266	Vermögen und Vertrauensverhältnis	"mißbrauchen; verletzen"
§ 288	Zwangsvollstrecken wegen Forderungen	"beiseite schaffen"
§ 239 KO	Erhaltung der Befriedigungsquote für die Gläubiger	"verheimlichen; beiseite schaffen"

D. Sonstige Delikte (nach Hauptschutzrichtungen geordnet)

I. Schutz privater Interessen

§ 169	Personenstand	"unterdrücken"
§ 239	Freiheit der auf Ortsveränderung gerichteten Willensbetätigung	" - "[1]; Einsperren einer Person hat Entziehung der mitgeführten Sachen zur Folge
§ 240	Freiheit der Willensbetätigung und -entschließung generell	" - "; Zwang der Person etwas Bestimmtes (nicht) zu tun hat Entziehung einer Sache zur Folge
§ 274 Abs.1	Beweisinteresse	
Nr. 1		"unterdrücken"
Nr. 2		"wegnehmen"
§ 354 II,2	Schutz des Post- bzw. Fernmeldegeheimnisses	"unterdrücken"

II. Schutz staatlicher Interessen

§ 87 I	Vorbereitung der Sabotagehandlung des Abs. 2	"beseitigen" (in Abs. 2)
§ 104	Delikt gegen ausländische Staaten	"Flagge entfernen"
§ 107 a	Straftat gegen eine Wahl	" - "; Stimmzettel entziehen
§ 109 e	Delikt gegen die Landesverteidigung	"beseitigen"

III. Schutz allgemeiner öffentlicher Interessen

§ 134	Delikt gegen die öffentliche Ordnung	"beseitigen"
§ 136 II	Delikt gegen die im Siegel verkörperte Staatsautorität	"ablösen"
§ 145 II	Notrufmißbrauch	"beseitigen"
§ 258	Delikt gegen die Rechtspflege	" - "; Beiseiteschaffen von Beweismaterial
§ 315 I 1 § 315b I 1	Sicherheit des Verkehrs	"beseitigen"
§ 316b § 317 I	Funktionieren öffentlicher Betriebe	"beseitigen"

1) ein auf die Entziehung hindeutendes Wort fehlt

II. Die einzelnen Gruppen der Tabelle

1. Qualifikationen (Gruppe B)

Qualifikationen im eigentlichen Sinne sind nicht ersichtlich.
Nur mit Vorbehalten könnte man in den §§ 313, 314 entfernte Qualifikationen der SE sehen. Durch eine Überschwemmung können Sachen weggespült, entzogen werden, u. U. auch ohne jede Substanzverletzung (wasserunempfindliches Material, wasserdicht verpackte Sachen). Der Täter kann es sogar auf die Entziehung durch den Wasserstrom abgesehen haben. Auch schützen die §§ 313, 314 ausdrücklich das Eigentum. Jedoch erhält es diesen umfassenden Schutz nur angesichts der "Gemeingefährlichkeit" einer Überschwemmung für das Eigentum. Dieser Gesichtspunkt steht bei den §§ 313, 314 im Vordergrund und nicht der schlichte Schutz des Eigentums gegen Entziehung.

2. Verwandte Delikte (Gruppe C)

An Delikten, deren Schutzrichtungen derjenigen der SE ähneln, kommen mehrere in Betracht. Angesichts der Vielfalt der Schutzgüter des StGB kann man als der Schutzrichtung "Eigentum" ähnlich alle strafrechtlich bedeutsamen Rechtsverhältnisse zivil- oder öffentlichrechtlicher Natur zwischen dem Berechtigten und einer Sache bezeichnen.
An zivilen Rechtspositionen kommen dabei vor allem dingliche und obligatorische Ansprüche aus "Überlassung" oder "Belassung" einer Sache in Betracht. Bei den öffentlichrechtlichen Positionen überwiegt einmal das Interesse am gegenständlichen Besitzen, ein anderes Mal das Interesse, das öffentlichrechtliche Gewaltverhältnis an einer Sache unangetastet zu wissen.
Auch das Rechtsgut "Vermögen" kann im Vergleich zur Verschiedenartigkeit der im StGB geschützten Rechtsgüter als mit dem Eigentum verwandt gewertet werden.

Dabei bietet sich eine wirtschaftliche Betrachtung des Vermögens an[1].
Nach diesen beiden Schutzrichtungen sollen die verwandten Delikte unterschieden werden.

a) Rechtsverhältnisse, zivil- oder öffentlichrechtlicher Natur, zwischen dem Berechtigten und einer Sache

Zu dieser Gruppe gehören die §§ 133, 136 I, 168, 288 und 289.
Sie führen unter ihren Tatmodalitäten auch das Entziehen einer Sache oder eine gleichbedeutende Bezeichnung an.

§ 133 schützt den amtlichen Verwahrungsbesitz[2].

§ 136 I schützt das an einer Sache bestehende öffentlichrechtliche Gewaltverhältnis.

§ 168 schützt den Gewahrsam an der Leiche[3].
Die Wegnahme muß nicht zum Gebrauch oder zur Zueignung führen. Es genügt die Entfernung "aus dem Gewahrsam des Berechtigten"[3].

§ 288 dient dem Schutz der Gläubiger auf Zugriff in das Schuldnervermögen. Er schützt daher die Befriedigung des Gläubigers[4]. Da der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe einer bestimmten Sache (§§ 883 ff ZPO) gerichtet sein kann[5], wird durch § 288 auch das dingliche oder obligatorische Recht auf Überlassung, d. h. auf Übergabe einer Sache geschützt.

---

1) vgl. die h. M. etwa Schönke-Schröder § 263 Anm. 58 ("wirtschaftlicher Vermögensbegriff")
2) vgl. Welzel § 75 IV 1 a
3) vgl. Welzel § 65 V
4) vgl. Schönke-Schröder § 288 Anm. 1 und 2
5) ders. aaO Anm. 5

Da § 288 den Schutz des Gläubigers bezweckt, reicht auch ein Beiseiteschaffen aus, durch welches die Sache dem Zugriff des Gläubigers während der Dauer der Vollstreckungsmaßnahmen entzogen ist.

Der erste Fall des § 289 kann grundsätzlich in keine der Gruppen eingestuft werden. Denn, daß der Eigentümer die Sache zu seinen Gunsten wegnehmen muß[1], wird regelmäßig bedeuten, daß er sie seinen Diensten wieder unterstellen will[2].
Beim zweiten Fall ist zu unterscheiden. Er liegt vor, wenn der Nichteigentümer "dem Eigentümer den unmittelbaren Besitz verschaffen will, aber auch dann, wenn er im Einverständnis mit dem Eigentümer die Sache zu eigenem Gebrauch wegnimmt"[3]. Im letzteren Fall handelt es sich um ein furtum usus und daher nicht um die reine SE. Im zuvor genannten Fall macht sich der Täter die Sache nicht derart dienstbar, wie es der verletzte Berechtigte tun könnte. Die Sache dient ihm allenfalls dazu, an ihr eine SE vornehmen zu können. Darin liegt jedoch kein Gebrauch, weil hierfür positive Zuordnungsmomente nötig wären[4]; es liegt vielmehr SE vor.

b) Das Vermögen (im Rahmen des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes)

Zu dieser Gruppe sind die §§ 259, 266, 288 und § 239 KO zu rechnen.
§ 259 schützt das Vermögen[5]. Wesen der Hehlerei ist nach h. M. die Aufrechterhaltung des durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustandes[5].
Der Hehler wird die Sache vielfach deshalb ankaufen, sie sonst sich oder einem Dritten verschaffen, sie absetzen oder absetzen helfen, um aus dem Wert der Sache selbst die Bereicherung zu erlangen. Dann will er sich die Sache ganz oder teilweise zuordnen, und eine Entziehung scheidet aus.
Die Bereicherung muß dem Hehler jedoch nicht notwen-

---

1) vgl. z. B. Dreher § 288 Anm. 1 B; Schönke-Schröder § 288 Anm. 9
2) vgl. Schönke-Schröder aaO
3) so Schönke-Schröder aaO Anm. 10
4) vgl. auch o. S. 5 f
5) vgl. Dreher § 259 Anm. 1

digerweise aus dem Wert der Sache zufließen. Es genügt z. B. auch, daß er von dritter Seite für seine Tat belohnt wird. An der Sache selbst und an deren Zuordnung mag ihm insoweit nichts liegen. Diese Verhaltensweise stellt eine erneute - allerdings rein negierende - Leugnung des Eigentums und damit einen weiteren Angriff hiergegen dar. Insoweit liegt eine Entziehung vor. Sofern jemand unter diesen Voraussetzungen eine Sache "absetzen hilft", liegt Beihilfe zu einer Entziehung vor.

§ 266 schützt das Vermögen und das Vertrauensverhältnis[1]. Im Rahmen des Mißbrauchstatbestandes läge eine Entziehung vor, wenn der Täter T den wohlverstandenen Vermögensinteressen des Vertretenen zuwider über eine Sache verfügt; T veräußert etwa eine Sache an A, obgleich B verbindlich das doppelte geboten hat. Für die Veräußerung an B hat T die Sache gegenüber seinem Geschäftsherrn vorenthalten, entzogen. - Der Treubruchstatbestand wäre etwa verwirklicht, wenn der Prokurist eines Kunsthauses einen zum Verkauf ausliegenden Gegenstand wegwirft oder versteckt.

§ 288 schützt auch die Vermögensinteressen des Gläubigers, welcher die Zwangsvollstreckung wegen Forderungen durchführen will, gegen das "Beiseiteschaffen" von Vermögen.

§ 239 KO schützt das Gläubigerinteresse an der - ungeminderten - Befriedigungsquote[2]. Um "Verheimlichen" (Nr. 1 und 4) handelt es sich beim "Entziehen" des Vermögensstückes vor der Kenntnis des Gläubigers oder des Konkursverwalters; um "Beiseiteschaffen" beim "Entziehen des Vermögensstückes vor dem Zugriff der Gläubiger durch räumliches Verschieben"[1].

c) Ergebnis

Diese Delikte enthalten daher das Entziehen einer Sache - ausdrücklich genannt oder umschrieben - und sind angesichts ihrer geschützten Rechtsgüter dem Grunddelikt SE verwandt.

---

1) vgl. Schönke-Schröder § 266 Anm. 1
2) ders. § 239 KO Anm. 1 und 12; er verwendet den Begriff "Entziehen" zur Umschreibung

4. Sonstige Delikte (Gruppe D)

Es ginge im Rahmen dieser Erörterungen zu weit, wollte man sämtliche Delikte der Gruppe D oder auch nur eine Mehrzahl von ihnen einzeln besprechen. Ihre Erwähnung dient nur der Abrundung des Bildes[1]. Daher seien nur einige Delikte näher betrachtet.

a) Schutz privater Interessen

Ein interessantes Beispiel der Delikte, welche private Interessen schützen und in Form der SE begangen werden können, ist die Urkundenunterdrückung in § 274 I Nr. 1.
"Als Unterdrückung ist jede ohne Zueignungsabsicht erfolgende Handlung anzusehen, durch die dem Berechtigten die Benutzung der Urkunde oder Aufzeichnung als Beweismittel entzogen oder vorenthalten wird"[2]. Wenn Schönke-Schröder, deren Definition soeben zitiert wurde, auch nicht genau die hier verwendeten Begriffe für die Begehungsarten der SE (Entziehen-Wegnehmen oder Vorenthalten) verwenden, so zeigt ihre Definition unter Benutzung der Begriffe "Entziehen" und "Vorenthalten" jedoch deutlich, daß der Tatbestand des § 274 I Nr. 1 dem der SE im hier entwickelten Sinn entspricht.
Verschieden ist jedoch das Rechtsgut. In § 274 wird nicht das Eigentum oder ein dingliches bzw. obligatorisches Recht geschützt, sondern allein das Beweisinteresse[3]. Diesem wird bereits dadurch rechtswirksam entsprochen, daß der Eigentümer dem Interessenten die Urkunde zur Einsichtnahme vorlegt[3]. Von der Ausübung eines dinglichen oder wenigstens obligatorischen Rechtes bei der Einsichtnahme kann daher nicht die Rede sein.

b) Schutz staatlicher Interessen

Von den Delikten, welche dem Schutz staatlicher Interessen dienen, könnte man § 107 a (Herbeiführung unrichtiger Wahlergebnisse) nennen. So erwähnen

---

1) vgl. o. S. 73
2) Schönke-Schröder § 274 Anm. 9
3) ders. aaO Anm. 5

Schönke-Schröder[1] ausdrücklich "das Entfernen ordnungsgemäß abgegebener Wahlzettel". Dieses Entfernen kann etwa im Verbergen der Zettel bestehen, womit tatbestandsmäßig eine SE vorläge.

c) Schutz allgemein öffentlicher Interessen

Als Entziehungsdelikt, welches dem Schutz allgemein öffentlicher Interessen dient, kommen etwa die Vorschriften der §§ 315, 315 b in Betracht.
Hier werden "Anlagen oder Beförderungsmittel" bzw. "Anlagen oder Fahrzeuge" "beseitigt". Unter "beseitigt" ist eine "Einwirkung ..., durch die die Anlage räumlich entfernt wird", zu verstehen[2].
Dieses räumliche Entfernen stellt formal tatbestandsmäßig in der Regel eine SE dauernder oder vorübergehender Art dar.

C. Ergebnis

Es gibt eine Vielzahl von Sonderformen der SE im StGB, durch welche die verschiedensten Rechtsgüter bzw. -positionen geschützt werden.
Diese Sonderformen sind um so zahlreicher, je weniger das jeweils geschützte Rechtsgut dem der SE-Grundform, dem Eigentum, ähnelt.
Neben einem Grunddelikt fehlen - abgesehen von den §§ 313, 314 - Qualifikationen. Verwandte Delikte sind jedoch bereits mehrfach anzutreffen und "sonstige Delikte" sind in großer Zahl vorhanden.

Dies zeigt umgekehrt, daß dem StGB die Strafbarkeit einer SE um so unbekannter ist, je mehr sich das jeweils geschützte Rechtsgut der betreffenden Delikte in seinem Charakter dem reinen Eigentum nähert.

Ebensowenig wie die Sachbeschädigung sind daher alle übrigen Delikte des StGB in der Lage, die eigentliche SE auch nur annähernd zu erfassen.

---

1) § 107 a Anm. 5
2) Schönke-Schröder §§ 315 Anm. 12, 315 b Anm. 8

§ 5 Ersatzweise Erfassung des hinsichtlich der straflosen SE straffreien Täters über andere - strafbare - Delikte

A. Fragestellung

Einer etwaigen Forderung nach Strafbarkeit der SE könnte dadurch der Boden mehr oder weniger entzogen werden, daß das für die SE maßgebliche Verhalten des Täters regelmäßig oder teilweise andere - strafbare - Normen ausfüllt, und somit das durch die SE begangene Unrecht erfaßt werden und vom Täter abgegolten werden könnte. Dabei dürfen die SE und das andere Delikt sinnvollerweise jedoch nicht jeweils auf einem neuen, vom Täter vorsätzlich in Gang gesetzten Kausalverlauf beruhen. Vielmehr müssen beide in demselben vom Täter in Gang gesetzten Kausalverlauf ihre Verwirklichung finden, ohne daß weiteres Zutun des Täters erforderlich wäre. Denn die Fälle, in denen das SE-unrecht durch ein anderes Delikt erfaßt werden kann, welches der Täter, mit einem neuen, von dem der SE verschiedenen Vorsatz begeht, dürften zu selten und zu unregelmäßig vorkommen, als daß sie eine Strafnorm für die SE generell überflüssig erscheinen lassen könnten.

B. Die möglichen Konstellationen zwischen SE und anderen im selben Kausalverlauf verwirklichten Delikten

Innerhalb eines vom Täter auf Grund eines bestimmten Vorsatzes in Gang gesetzten Kausalverlaufes kann die SE an verschiedenen Stellen stehen. Der einfachste und anschaulichste Fall ist derjenige, wo die SE den Anfang der Kausalkette bildet, in deren Verlauf auf Grund der SE anschließend strafbare Delikte verwirklicht werden. Daneben kommen die Fälle in Betracht, wo das strafbare Delikt gleichzeitig mit der SE begangen wird oder wo die SE selbst nur anschließendes Delikt an ein vorangegangenes strafbares Delikt ist.
In allen diesen Fällen könnte das mit der SE ver-

wirklichte - straflose - Unrecht durch Bestrafung des Täters wegen der anderen Delikte jedenfalls ersatzweise mitabgegolten werden.

C. Die Eigentumsdelikte als allein angemessener Ersatz

Um das mit der SE begangene Unrecht zu erfassen, muß das fragliche Delikt jedoch die gleiche Schutzrichtung wie die SE aufweisen, d. h. es muß das Eigentum schützen.
Der zwecks SE in den See geworfene Gegenstand kann einen im See schwimmenden Menschen verletzen (nachträgliches Delikt der Körperverletzung).
Das Aus-der-Hand-Schlagen eines Gegenstandes, der dadurch entzogen wird, indem er etwa ins Wasser, in einen Abgrund, in ein unwegsames Gelände fällt, stellt neben der SE gleichzeitig, sofern die Hand auch getroffen wurde, eine Körperverletzung dar; unter Umständen kann auch eine Beleidigung damit verwirklicht sein (gleichzeitiges Delikt).
Schlägt der Täter einen Menschen so, daß dieser anschließend festgehaltene Gegenstände fallen läßt, die ihm dadurch entzogen werden, so geht der SE kausal eine Körperverletzung voraus (vorheriges Delikt).
Indem der Täter jedoch wegen Körperverletzung oder Beleidigung zur Verantwortung gezogen wird, kann zwar der Eigentümer und die Gesellschaft eine gewisse Genugtuung empfinden, daß der Täter überhaupt bestraft wurde, der Eingriff des Täters in das Eigentum kann jedoch dadurch nicht als strafrechtlich erfaßt und mitabgegolten angesehen werden, da Körperverletzung bzw. Beleidigung ein anderes Rechtsgut schützen als SE.
Als Ersatznormen für die SE kommen daher, wie gesagt, nur Delikte der gleichen Schutzrichtung in Betracht. Dies sind ausschließlich die Eigentumsdelikte.
Da jedoch nicht auf alle Eigentumsdelikte eingegangen werden kann, sollen nur solche Delikte berücksichtigt werden, welche die Eigentumsverletzung in

grundsätzlicher und genereller Weise bestrafen. Dies sind im StGB die Zueignungsdelikte und die Sachbeschädigung.

D. Die Zueignungsdelikte

Die Zueignungsdelikte scheiden jedoch als Folgedelikte auf eine SE aus. Denn es kommen nach der Fragestellung nur Delikte in Betracht, welche durch die Folgen der durch eine SE in Gang gesetzten Kausalkette verwirklicht werden. Eine Zueignung der lediglich enteigneten Sache bedürfte jedoch eines neuen Täterentschlusses, durch den die ursprüngliche Kausalkette abgebrochen und eine neue in Gang gesetzt würde.
Die Zueignungsdelikte scheiden auch als Delikte aus, durch welche - ohne neues Zutun des Täters - eine nachfolgende SE verursacht werden könnte. Denn der Täter eines Zueignungsdelikts hat durch die Wegnahme oder das Unterschlagen bereits objektiv eine Enteignung verwirklicht. Diese Enteignung hat der Täter beabsichtigt, da seine Zueignungsabsicht die negative Enteignung und die positive Aneignung umfaßte[1]. Somit bleibt für eine erneute Begehung der Enteignung - ohne neues Zutun des Täters - kein Raum. Ebenso scheiden die Zueignungsdelikte als Delikte aus, die gleichzeitig mit der SE begangen werden könnten. Denn wenn dieselbe Sache mit Zueignungsabsicht entzogen wurde, so liegt darin bereits die objektive und subjektive Begehung der Enteignung. Dies entspricht der Tatsache, daß die SE Grunddelikt der Zuordnungsdelikte ist und diese Weiterentwicklungen des Grundtatbestandes SE darstellen. Für eine selbständig neben dem Zueignungsdelikt zutage tretende SE derselben Sache durch dieselbe Handlung bleibt somit kein Raum.

F. Die Sachbeschädigung

Als Ersatznorm kommt deshalb nur die Sachbeschädigung in Frage. Von der SE - dem Wegnehmen oder Vorenthalten einer Sache - aus gesehen, erscheint es

---

1) vgl. Schönke-Schröder § 242 Anm. 46

jedoch als Zufall, ob sie irgendwie mit einer Sachbeschädigung verbunden ist oder nicht. So ist nicht erkennbar, inwiefern das Wegnehmen oder Vorenthalten einer Sache regelmäßig oder auch nur häufig auf eine Sachbeschädigung folgen, mit ihr einhergehen oder von ihr gefolgt werden soll. Daher vermag die Sachbeschädigung eine zufriedenstellende Ersatzfunktion nicht zu erfüllen.

F. Ergebnis

Die Notwendigkeit einer Strafnorm SE im StGB wird auch dadurch unterstrichen, daß das StGB keine Delikte enthält, welche eine zufriedenstellende Ersatzfunktion für die fehlende SE-norm auszuüben vermögen.

§ 6 Gesamtergebnis für das StGB und Ausblick

Zurückblickend ist festzustellen, daß die SE als Eigentumsdelikt im StGB so gut wie überhaupt nicht vorkommt. Andere Arten der SE sind dagegen durchaus - allerdings nur in Spezialfällen - vorhanden.
Eine als Eigentumsdelikt konzipierte Strafnorm SE würde daher einen bisher fast vollkommen unausgefüllten Raum innerhalb des StGB erschließen. Eine SE-norm, welche dem Eigentum verwandte Rechtsgüter nicht nur in Spezialfällen, sondern generell schützt, wäre ebenfalls erwägenswert.

Somit stellt sich die Frage, ob für die Schaffung einer Strafnorm SE die Grundlage besteht, d. h. ob die SE strafwürdig erscheint und ob ein Strafbedürfnis bejaht werden kann.
Strafwürdigkeit wird dabei in folgendem Sinne verstanden:
Sie liegt vor, wenn die Wertung entsprechend den Wertmaßstäben des Rechtsgüterschutzes ergibt, daß die mit einer bestimmten Tätereinstellung vollzogene Rechtsgutsverletzung angesichts ihrer prinzipiellen Gewichtigkeit für den einzelnen und die Gesellschaft strafrechtlichen Schutz erfordert.

Ein Strafbedürfnis liegt demgegenüber vor, wenn für ein als strafwürdig befundenes Verhalten die Schaffung (oder Aufrechterhaltung) eines spezifischen Straftatbestandes unter allgemein-kriminalpolitischen Gesichtspunkten notwendig erscheint[1].
Zunächst wird die Strafwürdigkeit untersucht (4. - 7. Teil). Auf das Strafbedürfnis wird im 8. Teil eingegangen[2].
Zur Abrundung des bei der Untersuchung des StGB nach SEen gewonnenen Bildes bzw. als Hilfsmittel für eine umfassendere Beurteilung der anstehenden Fragen erscheint zuvor ein Blick in die Vorschläge und Entwürfe sowie in andere Rechtsordnungen dienlich (§§ 7 und 8).
Was die folgenden Erörterungen anbelangt, so wäre noch folgendes hervorzuheben:
Es wird zunächst zwischen der mit dem subjektiv täterschaftlich gefaßten Merkmal der Dauer[3] und der mit der Erfolgsbeschreibung "vorübergehend"[3] verbundenen SE unterschieden. Innerhalb dieser beiden SE-arten soll das Wegnehmen und das Vorenthalten getrennt untersucht werden. Somit ergeben sich 4 Teilbereiche (§§ 10 - 13).
Für den Vorteil eingehender Untersuchungen werden einige notwendigerweise entstehende Wiederholungen von Teilbereich zu Teilbereich in Kauf genommen[4].

---

1) vgl. auch die im Grundsatz ähnlichen Definitionen von Sax S. 933

2) Eine Frage des Strafbedürfnisses wurde bereits im obigen Zusammenhang behandelt; nämlich die Frage der ersatzweisen Erfassung des wegen SE straflosen Täters über andere -strafbare- Delikte des StGB

3) vgl. o. S. 18 ff

4) In den einzelnen Teilbereichen ist regelmäßig nur von "SE" bzw. vom Wegnehmen oder Vorenthalten die Rede, womit die dort zur Diskussion stehende SE-form gemeint ist. Sind andere SE-formen gemeint, so wird dies besonders betont.

3. Teil Die Strafbarkeit der SE in Vorschlägen und Entwürfen zum StGB

§ 7 Die grundsätzlichen Wertungen der Vorschläge und Entwürfe

Vorschläge und Entwürfe zum StGB haben sich regelmäßig mit der SE auseinandergesetzt. Es ist daher von unmittelbarem Interesse zu prüfen, inwieweit sie die SE für strafwürdig befanden und ihre Entscheidung begründeten.

A. Das Material

Die folgende Untersuchung ist bemüht, die wesentlichsten Reformvorschläge und Entwürfe seit 1900 zu berücksichtigen.
Zunächst werden die einzelnen Schriften angeführt;

- Titel bzw. Untertitel der Schrift
  Erscheinungsjahr
- Angabe des Paragraphen der SE und (oder) der Fundstelle der Begründungen: "SE: ..."
- Das für die einzelnen Schriften jeweils verwendete Stichwort steht unterstrichen am Ende; etwa "VE 09".
  Sodann folgen die vorgeschlagenen Normen im Wortlaut.

I. Übersicht über die Vorschläge und Entwürfe

- Schmoller, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts (Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform) 1907
  SE: S. 181 "Schmoller"

- Vorentwurf zu einem deutschen StGB, 1909
  SE: S. 807/888 "VE 09"

- "Sachbeschädigung u. Vermögensbeschädigung";
  Gutachtliche Äußerung über den VE 09
  in "Aschrott u. v. Liszt". Die Reform
  des Reichsstrafgesetzbuches
  2. Bd, BT; S. 424 - 464; Berlin 1910
  SE: S. 426 f "Löwenstein"

- "Diebstahl, Unterschlagung, Raub,
  Erpressung"
  Gutachtliche Äußerung über den VE 09
  ebenda; S. 345 - 382
  SE: S. 352 f "Mittermaier"

- Gegenentwurf zum VE 09 (aufgestellt
  von Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt
  und Goldschmidt) 1911;
  SE: § 305 S. 279 f "GE 11"

- Kommissionsentwurf 1913 (veröffentlicht 1920)
  SE: § 373 "KE 13"

- Entwurf von 1919 (veröffentlicht
  1920
  SE: § 368 S. 300 f - 314 f "E 19"

- Entwurf von Radbruch (Reichsjustizminister) 1922
  SE: § 296 S. 66 "E 22"

- Entwurf von 1924/25 (Reichsratsvorlage)
  SE: § 304 S. 150 f - 158 f "E 25"

- Entwurf von 1927 (Reichstagsvorlage)
  SE: § 377 S. 164; 172 "E 27"

- Entwurf von 1930 (Entwurf Kahl)
  SE: § 337 S. 164; 172 "E 30"

- Entwurf von 1936 (2. Lesung)
  SE: § 478 Kommissionsbericht Kohlrauschs 1936 S. 491 f "E 36"

- Vorschlag von Gallas, Niederschriften 1958, BT Bd. 6
  SE: S. 101 f "Gallas"

- Entwürfe von 1960 u. 62 (bezüglich SE ohne Maßgeblichen Unterschied)
  SE: E 62 § 251; S. 399 f; 419 - 422 "E 62"

- Maiwald, der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte
  SE: S. 139 f (1970) "Maiwald"

- Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes
  SE: S. 345 (1970) "Otto"

- Peter, Die Sachentziehung im geltenden und zukünftigen Strafrecht, 1970
  SE: S. 115 f "Peter"

- Säftel, Die einfache Sachbeschädigung und die Sachentziehung im gegenwärtigen und zukünftigen Strafrecht 1970
  SE: S. 173 "Saftel"

Gegen die Aufstellung einer SE-norm sprechen sich allein der VE 09 und Säftel aus.

Begründungen lagen nicht vor zu den KE 13 und E 36. Für den E 36 wird der Kommissionsbericht Kohlrausch's von 1936 als Begründung herangezogen.

II. Der Wortlaut der vorgeschlagenen Normen

Schmoller: Sachbeschädigung

"Wer die Sache beschädigt, zerstört, dem Eigentümer dauernd entzieht oder sonst für ihn unbrauchbar macht".

Äußerungen zum VE 09

Löwenstein: Sachentziehung

"Wer in der Absicht einem anderen einen dauernden Schaden zuzufügen, entzieht".

Mittermaier: Sachentziehung

"Wer böswillig das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er eine Sache dem Eigentümer dauernd entzieht.

GE 11 § 305 Sachbeschädigung

"Wer eine fremde Sache beschädigt oder dem Eigentümer in der Absicht entzieht, ihm einen dauernden rechtswidrigen Nachteil zuzufügen, wird mit Gefängnis oder Geldstrafe bis zu M. 10 000,-- bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.
In besonders leichten Fällen (§ 88) kann von Strafe abgesehen werden."

KE 13 § 373 Arglistige Benachteiligung

"Wer in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, dessen Vermögen dadurch beschädigt, daß er ihn oder einen Dritten durch arglistige Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung bestimmt, oder wer in gleicher Absicht eine fremde Sache einem anderen dauernd entzieht, wird, sofern nicht andere Vorschriften schwerere Strafen androhen, mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Ist sie gegen einen Angehörigen begangen, so kann der Antrag zurückgenommen werden.
In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden.

E 19
§ 46

Arglistige Entziehung von Sachen

"Wer in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, eine fremde Sache einem anderen dauernd entzieht, wird, sofern nicht andere Vorschriften schwerere Strafe androhen, mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Ist sie gegen einen Angehörigen begangen, so kann der Antrag zurückgenommen werden.
In besonders leichten Fällen kann von Strafe abgesehen werden."

E 22
§ 196

Sachentziehung

"Wer in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, eine fremde Sache einem anderen dauernd entzieht, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt.
In besonders leichten Fällen kann das Gericht den Täter verwarnen statt ihn zu strafen."

E 25
§ 204

Dauernde Entziehung von Sachen

"Wer in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, eine fremde Sache einem anderen dauernd entzieht, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt.
In besonders leichten Fällen kann das Gericht von Strafe absehen.

ebenso E 27 und § 30 (§ 337)

Änderung: Statt "einem anderen Nachteil zuzufügen" heißt es "jemand Nachteil zuzufügen".

E 36
§ 47[illegible]

Sachentziehung

"Wer eine fremde Sache einem anderen boshaft oder in der Absicht, ihm Nachteil zuzufügen, entzieht, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Haft bestraft, soweit nicht die Tat nach einer anderen Vorschrift mit schwererer Strafe bedroht ist.
Strafbar ist nur die vollendete Tat.
Das Verfahren vor dem Friedensrichter ist zulässig.
Bevor über die Verfolgung entschieden wird, ist der Geschädigte zu hören.

Gallas:

Dauernde Sachentziehung

"Wer eine fremde bewegliche Sache dem Eigentümer widerrechtlich für dauernd entzieht, wird, soweit auf die Tat nicht eine andere Vorschrift dieses Abschnitts anwendbar ist, mit Gefängnis bis zu zwei Jahren, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft.

Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt."

E 62
§ 251 Sachentziehung

"Wer eine fremde bewegliche Sache oder elektrische oder andere Energie einem anderen widerrechtlich entzieht, um ihm oder einem Dritten einen erheblichen Nachteil zuzufügen, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften über den Schutz fremden Vermögens mit Strafe bedroht ist.
Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.
Wer die Tat gegen einen Angehörigen begeht, mit dem er in häuslicher Gemeinschaft lebt, ist straffrei, wenn kein erheblicher Nachteil eingetreten ist."

Maiwald: Eigentumsverletzung

"Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört oder eine fremde bewegliche Sache auf vorübergehende Zeit entzieht, so daß dem Eigentümer oder dem berechtigten Besitzer ein erheblicher Nachteil droht, oder eine fremde bewegliche Sache auf Dauer entzieht oder vorenthält ..."

Peter: Sachentziehung

"Wer eine fremde bewegliche Sache widerrechtlich einem anderen entzieht und ihm oder einem Dritten dadurch einen erheblichen Nachteil zufügt, wird -- bestraft.
Eine Bestrafung wegen Sachentziehung entfällt, wenn die Tat schon in anderen Vorschriften über den Schutz fremden Vermögens mit Strafe bedroht ist.
Die Tat wird nur auf Antrag des Verletzten verfolgt."

Otto: Besitzanmaßung

"Wer einem anderen den Besitz an einer Sache rechtswidrig entzieht und dadurch dem Berechtigten einen erheblichen Vermögensschaden zufügt ..."

B. Die grundsätzlichen Wertungen[1)]

In den Vergleichenden Darstellungen plädierte Schmoller für die Bestrafung der SE.
Er wollte die Sachbeschädigung um die Tathandlung der "Unbrauchbarmachung" einer Sache erweitert wissen, denn diese "steht, auch wenn sie nicht Zerstörung ist, dieser in krimineller Beziehung gleich, sowohl was den Charakter der Handlung, als auch was deren Wirkung für den Eigentümer angeht"[2)]. Sodann fährt er fort: "Bloß eine der verschiedenen Formen der

---

1) Die Wertungen bei der Ausgestaltung des Tatbestandes werden im einzelnen in den Abschnitten "Wertungen der Literatur und den Entwürfen" erörtert.

2) aaO S. 181

Unbrauchbarmachung, zugleich aber die radikalste, ist die dauernde Entziehung der Sache aus der Verfügungsgewalt des Eigentümers. Gleichwohl ist ihre ausdrückliche Hervorhebung im Tatbestand empfehlenswert."

Die Verfasser des VE 09 vermochten sich jedoch nicht für eine Pönalisierung der SE zu entscheiden.

Es wurden folgende Einwände vorgetragen:

1. Regelmäßig würden Zueignungen und daher die §§ 242 oder 246 StGB vorliegen.

2. Greift kein Zueignungsdelikt ein, "so werden die zivilrechtlichen Schutzbestimmungen ausreichend sein".

3. Generelle Pönalisierung der dauernden Entziehung gegenüber dem "Eigentumsberechtigten" oder dem "zum Besitz Berechtigten"

   a) würde sachlich zu weit gehen

   b) würde bisher nur "zivilrechtlichgeschützte Fälle" erfassen

   c) würde nicht nur den "wirklichen Besitzer", sondern auch den, der einen Anspruch auf Überlassung der Sache hat, "zur Strafverfolgung ermächtigen".

4. Dauernde Vorenthaltungen von Sachen auf Grund wirklicher oder vermeintlicher Rechte sind im Leben zahlreich, und "es erscheint nicht unbedenklich, in allen diesen Fällen dem angeblich Benachteiligten auch noch den Behelf einer Strafanzeige zu geben".

5. Die praktische Tragweite einer SE-norm sei "daher nicht recht übersehbar".

6. Auf eine Strafnorm der SE könne verzichtet werden, denn in der Praxis habe sich kein erhebliches Bedürfnis nach ihr geltend gemacht".

In den Äußerungen zum VE 09[1] bejahen jedoch Löwenstein und Mittermaier eine Pönalisierung der SE. Mittermaier hebt die Unzulänglichkeit des Privatrechts im Fall der SE hervor. Löwenstein betont das bestehende Bedürfnis in der Praxis.
Der GE 11 faßte Sachbeschädigung und SE in einer Norm zusammen[2]. Der KE 13 stellte eine Strafnorm auf, in welcher die SE und eine arglistige, betrugsähnliche Vermögensschädigung ohne Vermögensvorteil unter dem Titel "Arglistige Benachteiligung" enthalten waren. Offenbar sollte die Parallele der Gegensätze "Zuordnungsdelikt - reine Enteignung" und "Vermögensdelikt - reine Vermögensschädigung" hervorgehoben werden.
Der E 19 trennte die beiden reinen Schädigungsdelikte und wies der SE unter dem Titel "Arglistige Entziehung von Sachen" eine eigene Norm zu. Daß SE straflos ist, "widerspricht dem Rechtsgefühl jedenfalls dann, wenn der Täter damit einem anderen Nachteil zufügen will" betonte der E 19[3]. Dies ergebe sich auch aus der ähnlichen Rechtslage der SE zur Sachbeschädigung.
Die gleiche Grundentscheidung unter der gleichen Begründung trafen auch die folgenden Entwürfe (bis E 62) einschließlich der Entwürfe von Gallas, Maiwald, Peter und Otto. Lediglich Säftel lehnt in seinem Entwurf die Pönalisierung der SE aus Praktikabilitätsgesichtspunkten ab.

4. Teil Kurze Hinweise auf die Strafbarkeit der SE in anderen Rechtsordnungen

§ 8 Kurzer Blick in vergangene und geltende Rechtsordnungen

Die folgende Darstellung erhebt für sich keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es sollen lediglich einige kurze historische und internationale Hinweise gegeben werden.

---

1) S. 88 aaO

2) a. A. offenbar die Gegenüberstellung von 1956 S. 134; SE: "GE: Fehlt"

3) Begr. S. 301

A. Historische Hinweise

Da die SE nicht zu den Delikten gehört, die jeder Rechtsordnung mehr oder weniger vertraut sind - wie etwa Tötungsdelikte, Körperverletzung, Diebstahl -, sondern, da sie, auf besonders umfassenden und systematischen Wertungen beruhend, wohl ausschließlich in ausführlicher und gründlicher ausgestalteten Rechtsordnungen zu finden ist, bieten sich für einen geschichtlichen Überblick fast nur derartig differenzierte Rechtsordnungen an.
Ein weiteres Erfordernis bezüglich der zu untersuchenden Rechtsordnung besteht darin, daß sie genügend bekannt und erforscht ist, um ein der jeweiligen historischen Rechtswirklichkeit gemäßes Ergebnis zu gewährleisten.
Aus diesen Gründen bieten sich für einen Vergleich insbesondere das römische und das germanisch-deutsche Rechtssystem an.
Diese beiden Rechtssysteme sollen im folgenden daraufhin untersucht werden, ob und inwieweit die SE durch sie erfaßt wurde.

I. Die SE im römischen Recht

Ein Delikt mit einem dem Tatbestand der SE entsprechenden Namen gab es im römischen Recht nicht; ebensowenig ein Delikt, welches den Grundtatbestand der SE - das schlichte Wegnehmen oder Vorenthalten einer fremden beweglichen Sache - umschrieb.

Wenn das Delikt SE oder einzelne Fälle davon daher im römischen Recht erfaßt waren, so kamen dafür nur sonstige allgemein gehaltene Normen in Betracht.
An erster Stelle bietet sich dafür das "furtum" an.
"Ausgehend vermutlich vom 'Wegtragen' von Sachen aus fremdem Herrschaftsbereich hat es vor allem in der jüngeren Republik vielfältige Tatbestände in sich aufgenommen, denen nicht viel mehr gemeinsam ist, als die bewußte Schädigung eines anderen an seinen Sachgütern."[1] Unter diese Definition "bewußte Schädigung eines anderen an seinen Sachgütern" läßt sich das Entziehen einer Sache mühelos fassen, so daß man geneigt wäre, die SE als vom römischen Recht im furtum erfaßt anzusehen.

Genauere Belege für diesen Schluß fehlen jedoch, zumal Kaser[1] betont, daß im Besonderen das Vorteilselement "bald danach" wieder für das Vorliegen des furtum maßgebend war, sowie, daß sich allgemein "seit der ausgehenden Republik und in der frühklassischen Zeit ... eine rückläufige Tendenz" bemerkbar machte.

Fälle der SE wurden allerdings im Rahmen des "damnum iniuria datum" (Schädigung durch Verletzung von Vermögensgegenständen)[2] der lex Aquilia erfaßt, soweit der Sache Vermögenswert zukam.

Dabei sind z. B. folgende Fälle belegt:

- Geld aus der Hand schleudern, so daß es verloren geht; (Gai. Sab. Ulp.)[3]
- Kappen des Seiles, so daß das Schiff abtreibt (Ulp.)
- Sachen ins Meer oder in den Fluß fallen lassen (Ulp.)
- wilde Tiere entlaufen lassen (Ulp.)
- gefangenen Sklaven befreien[4]

Da das römische Recht Strafe lediglich für besonders gemeingefährliche oder die staatliche oder religiöse Grundordnung antastende Delikte vorsah, ist es erklärlich, daß die an das damnum iniuria datum angelehnten SEen nur mit einer Privatklage verfolgt werden konnten.

---

1) Kaser aaO S. 514 Anm. 4
2) vgl. Kaser § 144 S. 518 f
3) genaue Belege bei Kaser aaO S. 519
4) vgl. Mommsen 10. Abschnitt S. 828

II. Die SE im germanisch-deutschen Recht

1. SEen in den Volksrechten

Im Gegensatz zum römischen Recht stellte das Recht der Germanen keine Einheit dar. Jede Volksgruppe hatte ihr eigenes Recht. Dennoch waren diese Rechtssysteme eng miteinander verwandt und wiesen somit Ähnlichkeiten auf.
Keines der verschiedenen Germanenrechte kannte einen allgemeinen Tatbestand der SE[1].
Gleichwohl befaßten sich in den einzelnen Rechten zahlreiche Vorschriften mit Fällen reiner SE.

So wurde etwa geahndet:

a) Das Wegtreiben einer Herde	Volksrecht der Thüringer: 714 - 911 n. Chr.; Nr. 32 S. 41[2]
b) Das Verjagen herumziehender Gäule von einer Weide, wo auch andere Tiere weiden (gemeines Weideland)	Gesetze der Langobarden 643 n. Chr. Nr. 358 a; S. 143

Die meisten anderen Volksrechte enthalten - soweit ersichtlich - keine SE-tatbestände. Das gilt z. B. für das Recht des Karolingerreiches, wie auch für die Rechte der Alemannen, Bayern und Thüringer.

2. SEen in den Rechtsbüchern des Mittelalters

In Rechtsbüchern des Mittelalters wurde die SE z. B. wie folgt erfaßt:

a) Wegziehen des fremden Schiffes von der Anlegestelle oder b) Hinausstoßen und Treibenlassen des Schiffes	Graugans 930 - 1281 n. Chr.; Nr. 165

---

1) so enthält etwa Wilda W. E. keinerlei Hinweis auf die SE oder einen ähnlichen Tatbestand - vgl. XII F, 1 a - S. 859 ff, 6 - S. 926 ff, 8 - S. 939 ff

2) die folgenden Nummern- und Seitenzitate beziehen sich auf die Reihe: "Schriften der Akademie für Deutsches Recht" vgl. Inhaltsverzeichnis

c) Treiben oder Treibenlassen von Stallvieh, welches dadurch die Melkzeit versäumt	Graugans Nr. 200
d) Einschneiden von Netzen, um Heringe freizulassen	Rechtsbuch des Frostothings, Norwegen, vor 1260 n. Chr.
e) arglistiges Herausziehen des Landepfahls und Treibenlassen des Floßes oder Tau abschneiden	Freisinger Rechtsbuch, 1328 n. Chr., Nr. 147

Die meisten anderen Rechtsbücher, wie etwa Sachsenspiegel, Deutschenspiegel, Schwabenspiegel sowie Eisenacher Rechtsbuch, Rüstinger Rechtsbuch und Zwickauer Rechtsbuch, emthalten - soweit ersichtlich - keine SE-norm.

3. Einheitliche Betrachtung

Betrachtet man die SEen, welche die Volksrechte wie auch die Rechtsbücher bestrafen, so zeigt sich folgende Gemeinsamkeit:
Den jeweiligen SE-konstellationen ist gemein, daß sie sich fast nur mit der Entziehung von Sachen befassen, welche zum Arbeitsbereich der in Landwirtschaft oder Fischfang tätigen Menschen gehören.
Da die Germanen hauptsächlich von Ackerbau, Viehzucht und dem Fangen oder Erlegen von Tieren lebten, ist ihr Bestreben, die Grundlagen dieser Existenz zu erhalten und gegen jeden Angriff zu verteidigen, nur folgerichtig. Die Arbeits- und Existenzgrundlage für den Fischer waren sein Boot und sein Fang, für den Flößer das Floß, für den Bauern seine Tiere (Vieh und Pferde).

So wurde zum Teil auch die vorübergehende SE erfaßt. Besonders eindrucksvoll geschah dies in der für ihre Genauigkeit und Schärfe bekannten Graugans: Das Treiben oder Treibenlassen von Vieh wurde bereits dann - mit dem Lebensringzaun - sanktioniert, wenn das Vieh die Melkzeit versäumte (nach der Graugans z. B. dann, wenn es statt morgens abends heimkehrte).

Die Rechtsfolgen waren in den einzelnen Rechtskreisen unterschiedlich[1]:

1. Bußen (in Form von mehrfachem Naturalersatz bzw. Vermögensersatz)

forderten:

- Langobardengesetz	für	- Verjagen von Tieren auf gemeinem Weideland
- Thüringer Rechtsbuch	"	- Herde wegtreiben
- Freisinger Rechtsbuch	"	- Floß abtreiben lassen
- Graugans	"	- Schiff von seiner Stelle wegziehen

2. schärfere Sanktionen verhängten

- Norwegisches Recht: Vogelfreiheit	für	- vorsätzliches Einreißen der Netze
- Freisinger Rechtsbuch: Verlust der Hand (oder 65 Pfund s. o.)	"	- arglistiges Floßabtreibenlassen
- Graugans Lebensringzaun (sogen. Wilde Acht)	"	- Schiff wegtreiben lassen und Treiben-(lassen) von Vieh

Wenn auch die SE in der Mehrzahl der Volksrechte und mittelalterlichen Rechtsbüchern fehlte, so zeigen die Normen, in welchen sie erfaßt war, nicht zuletzt durch die Schärfe der Strafe (Hand abhauen, Vogelfreiheit bzw. Lebensringzaun), daß man den mit ihr verbundene Unrechtsgehalt als bedeutsam ansah und entsprechend sanktionierte.

---

1) Bei der vorliegenden "einheitlichen Betrachtung" sei die Zusammenfassung von Volksrechten und mittelalterlichen Rechtsbüchern gestattet.

4. Das deutsche Recht bis zur Neuzeit

In den Kodifizierungen des späteren sowie des ausgehenden Mittelalters wird die SE weder generell noch in Einzelfällen erfaßt.

So fehlen entsprechende Vorschriften etwa in der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung (von 1507 bzw. 1516) sowie in der Carolina vollkommen. Dies überrascht weniger, wenn man bedenkt, daß diese Rechtsbücher sogar die der SE im Unrechtsgehalt gleichende Sachbeschädigung bzw. -zerstörung[1] nur in wenigen Ausnahmefällen pönalisierten[2].

Ab dem 18. Jahrhundert taucht die SE als Strafnorm wieder auf. Das ALR spricht von "Eigentumsbeschädigung", worunter auch die SE gefaßt werden kann[3]. Das Baierische StGB von 1813 erfaßt das Entziehen von Tieren[4].

Umfassend wird die Entziehung von Sachen sodann durch das Badische StGB von 1845 bestraft[5].

B. Internationale Hinweise

Zunächst soll ein Blick auf die Strafrechtsordnung der Schweiz und Österreichs geworfen werden.[6]

Schweizer Strafgesetzbuch, Art. 143: "Sachentziehung": "Wer ohne Bereicherungsabsicht eine bewegliche Sache dem Berechtigten entzieht und ihn dadurch schädigt, wird auf Antrag mit Gefängnis oder mit Buße bestraft ..."

---

1) vgl. o. S. 58 ff
2) Art. 168 (Holzabhauen); dabei str., ob dies ein Fall der Sachbeschädigung ist (verneinend Westerburg S. 39)
3) § 1488 20. Titel 2. Teil "Wer aus Rache ... einen anderen an seinem Eigenthume oder Vermögen beschädigt ..."
4) Art. 385: "Wer die ... Tiere krank macht, tötet oder sonst dem Eigentümer zu Verlust bringt ..."
5) § 570: "Wer ... für den Eigentümer werthlos macht ..." s. o. S. 28 ff
6) das StGB der DDR vom 12.1.1968 spricht in § 163 "Vorsätzliche Beschädigung sozialistischen Eigentums" u. in § 183 "Vorsätzliche Sachbeschädigung" nur von "zerstören, vernichten, beschädigen oder unbrauchbar machen"

In der Schweiz stellt der Diebstahl ein Bereicherungsdelikt dar. Deshalb kommt der SE-norm unstreitig die Funktion zu, Zueignungen ohne Aneignungsabsicht zu erfassen. Ob die reine SE - im Sinne der vorliegenden Untersuchungen - erfaßt wird, ist umstritten[1].

Österreichisches Strafgesetzbuch, § 135: "Dauernde Sachentziehung", Absatz 1:
"Wer einen anderen dadurch schädigt, daß er eine fremde bewegliche Sache aus dessen Gewahrsam dauernd entzieht, ohne die Sache sich oder einem Dritten zuzueignen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen."

In Absatz 2 werden strengere Strafen für die Entziehung besonderer Sachen (z. B. Kultgegenstände) angedroht.

Unter diese SE-norm fallen nur reine SEen im Sinne der vorliegenden Erörterungen. Denn die Entziehung muß "ohne ... zuzueignen" erfolgen.

In folgenden - lediglich beispielhaft angegebenen - Staaten lautet die Deliktshandlung der Entziehungsnorm wie folgt:[2] [3]

Argentinien	Art. 183	"verschwinden lassen"
Dänemark	§ 291	"beiseite schaffen"
" für Grönland	§ 79	"
Griechenland	Art. 381	"Unmöglichmachen des Gebrauches"
Indien u. Pakistan	sec. 425	"das Eigentum od. dessen Lage derart verändern, daß die Veränderung seinen Wert od. Nutzen aufhebt ... od. nachteilig beeinflußt"[4]

---

1) verneinend etwa: Bundesgericht, BGE 1946 IV 62
bejahend etwa: Stöckli S. 30 f, 62 ff (67) u. 81

2) die Einleitung der jeweiligen Normen lautet regelmäßig: "Wer eine fremde (bewegliche) Sache ..."

3) als Grundlage diente vornehmlich die "de Gruyter-Reihe" über die ausländischen Strafgesetzbücher

4) Beispiel des Kommentars: "Ring in den Fluß werfen"

Island	§ 257	"beiseite schaffen"
Japan (VE 1961)	§ 369	"verstecken"
Jugoslawien	§ 256	"ohne Vermögensvorteils-absicht wegnehmen"
Süd-Korea	Art. 366	"verbergen"
Niederlande	Art. 350	"zerstören, beschädigen, unbrauchbar machen od. beseitigen"
Österreich	§ 135	"Sache dauernd entziehen"
(" E 64	§ 158	"ohne zuzueignen ... entzieht")

Teil Die SE von Mobilien als Eigentumsdelikt

§ 9 Der Umfang eines strafrechtlichen Eigentumsschutzes

Wie weit der Eigentumsschutz reichen soll, ergibt sich aus einer Betrachtung der Zwecke, die ein Eigentümer - bei Ausübung seines Rechts im Rahmen der Rechtsordnung - mit dem Eigentum verbinden kann.

4. Schutz wirtschaftlicher und persönlichkeitsbezogener Interessen

Das BGB bestimmt in § 903, daß der Eigentümer einer Sache mit dieser grundsätzlich nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann. Verbindet daher der Eigentümer mit der Sache irgendein Belieben, das nicht rechtsmißbräuchlich ist, dann muß dieses Belieben prinzipiell gegen Störer strafrechtlich geschützt werden.
Ein strafrechtlicher Eigentumsschutz kann sich somit nicht auf Eigentumsverletzungen mit Vermögensschaden oder wenigstens mit Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen beschränken; ("wirtschaftlich" ist dabei in einem denkbar weiten Sinn gemeint, so daß z. B. auch berufliche Interessen jeglicher Art darunter fallen). Der Eigentumsschutz muß vielmehr ebenso eine Beeinträchtigung sonstiger achtenswerter Belange des Eigentümers erfassen[1]. In diesen Fällen verbindet der Eigentümer mit der Sache ein persönliches Interesse, welches mit seiner Einzelpersönlichkeit verknüpft ist. Man kann daher hier im Gegensatz zu den wirtschaftlichen Interessen von den "persönlichkeitsbezogenen Interessen" sprechen. Wird etwa einem Wagenhändler ein Auto gestohlen, so berührt das regelmäßig nur seine wirtschaftlichen Interessen. Werden dagegen dem Empfänger Privatbriefe gestohlen, so liegt regelmäßig keine Verletzung wirtschaftlicher Interessen vor. Demnach muß man diese Fälle, in denen das persönlichkeitsbezo-

---

1) anstelle bloßer Wertgesichtspunkte wird der Schutz der allgemeinen Eigentümerbefugnisse neuerdings besonders betont von z. B.: Rudolphi GA 65, 37 f; Wessels NJW 65, 1156; Cramer S. 83

gene Eigentumsinteresse des Empfängers an den Briefen die einzige Rolle spielt, ebenso strafrechtlich schützen[1], wenn man der umfassenden Aussage des § 903 BGB gerecht werden will.
Hinter dem Eigentumsschutz steht eben nicht in erster Linie wirtschaftliches Interesse und damit das geldwerte Vermögen, sondern ausschließlich die in Art. 2 Abs. 1 GG umschriebene Persönlichkeit des Menschen mit dem Recht auf freie Entfaltung[2]. Somit liegt eine strafrechtlich relevante Eigentumsverletzung auch dann vor, wenn keine vermögensmäßigen, wirtschaftlichen Interessen, sondern ausschließlich persönlichkeitsbezogene Eigentümerinteressen verletzt wurden[3]. - Im folgenden soll der Klarheit und Einfachheit halber die "Beeinträchtigung wirtschaftlicher oder persönlichkeitsbezogener Interessen" mit dem Wort "Nachteil" umschrieben werden.

B. Grenzen des Eigentumsschutzes

Auf der anderen Seite ergibt sich damit jedoch auch die Grenze des strafrechtlichen Eigentumsschutzes, Wird der Schutz umfassend gewährt, wie dargestellt, und werden neben dem wirtschaftlichen auch die per-

---

1) so grundsätzl. auch die Auslegung des § 242 StGB durch die h. M.; z. B. Schönke-Schröder §§ 242 Anm. 4 - 4b, 303 Anm. 3; vgl. auch Schmoller (S. 151) "Für die Beschränkung des Strafrechtsschutzes auf das wirtschaftliche Interesse ist kein vernünftiger Grund ersichtlich. Eine Mißachtung der Rechtsordnung ist allen Eigentumsverletzungen gemein. Die Verletzung immaterieller Interessen trifft den Verletzten oft empfindlicher als die Zufügung pekuniärer Nachteile."

2) Dies klingt auch bei Maiwald an (S. 133), wenn er unter Ablehnung der Bedenken von Gallas das Schwergewicht bei den Eigentumsdelikten nicht auf das Eigentum als solches, sondern auf die dahinter stehende "Person des Opfers" legt.

3) Dies erkennt auch Noll grundsätzlich an (SchwZStr Bd. 84 S. 360 (1968).
Wenn dagegen Mittermaier (S. 352 f) und Otto (S. 66 ff) die Pönalisierung der Eigentumsdelikte von einem, wenn auch relativ weit (vgl. Otto) gespannten Vermögensschadensbegriff abhängig machen wollen, so kann dem aus den genannten Gründen nicht zugestimmt werden.

sönlichkeitsbezogenen Interessen geschützt, so erscheint es als gerechtfertigt und notwendig, ein gegen das Eigentum gerichtetes Verhalten dann nicht zu bestrafen, wenn der Eigentümer mit der betreffenden Sache keines dieser Interessen verbindet[1].

§ 10 Das Wegnehmen mit dem Vorsatz dauernder SE

1. Kapitel Das Wegnehmen aus Eigentümergewahrsam

A. Die Rechtsgutsverletzung im allgemeinen

I. Grundsätzliche Wertung

1. Ausgangspunkt

Wird eine Sache aus dem Eigentümergewahrsam weggenommen und dauernd entzogen, so nimmt man damit dem Eigentümer sein Eigentum vollkommen und ersatzlos. Er hat seine Sache nicht mehr. Intensiver kann man sein Eigentum nicht verletzen.

Auf die Art und die Intensität der mit der dauernden SE einhergehenden Rechtsgutsverletzung ist es ohne Einfluß, wohin der Täter die Sache verbringt, welcher Umstand also im einzelnen die Dauer begründet.

Ob etwa der Ort, an dem sich die Sache befindet, für den Eigentümer E dauernd unbekannt oder unerreichbar ist - z. B. weil dem E die aktuelle Sachherrschaft eines Menschen im Wege steht -, das Eigentum ist für E in jedem Fall de facto verloren. Von der tatsächlichen Eigentümerstellung wurde er durch die Herrschaft des Täters T über die Sache, den Gewahrsamsbruch, ausgeschlossen. Die dem E

---

1) vgl. Schönke-Schröder §§ 242 Anm. 4, 303 Anm. 3

verbleibende formalrechtliche Eigentümerstellung ist regelmäßig leer und wertlos.

Ein Strafrecht, welches das Eigentum schützen will und soll und die dauernde Entziehung des Eigentums durch Wegnehmen aus dem Eigentümergewahrsam nicht erfaßt, ist widerspruchsvoll und damit insoweit unvollständig.

Hierzu einige Beispiele, welche die deliktische Bedeutung der SE - nicht zuletzt in der modernen Leistungsgesellschaft - bezeugen. Das Boot des E liegt am Ufer des E-Grundstücks festgemacht. T bindet es los und läßt es bis zu seinem Anwesen treiben, wo es abgefangen wird. T gibt es nicht heraus, damit E es nicht habe. Oder: T läßt das Boot ins Ungewisse abtreiben. Damit hat T das Eigentum des E auf eine Art und Weise verletzt, wie sie intensiver nicht sein kann. Das Boot ist für E faktisch für immer, dauernd, verloren.
Ingenieur E hat sich eine Apparatur gebaut oder von - seinem oder durch andere - verdienten Geld gekauft. T nimmt ihm die Apparatur weg und verbringt sie zu sich oder sonst irgendwohin, so daß E aus seiner Eigentümerstellung faktisch dauernd ausgeschlossen ist. Damit hat T das Eigentum des E und besonders deutlich auch dessen Arbeitsleistung faktisch vernichtet.
Zwei oder mehrere Architekten wollen sich im Rahmen einer Ausschreibung bewerben. Kurz vor dem Einreichungstermin nimmt Architekt T dem Architekt E

die Aufzeichnungen weg, um sie irgendwohin zu verbringen, wo sie für E dauernd unerreichbar sind. Damit hat er gleichfalls Eigentum - und auch Arbeitsleistung - des E auf die intensivst mögliche Weise verletzt.

Das gleiche gilt, wenn die Habilitationsunterlagen oder auch nur ein Teil davon einige Zeit vor der geplanten Vorlage dauernd weggenommen werden[1].

Vom Eigentum ist jeweils nur noch die formale Rechtsposition übrig geblieben, die dem E für seine Zwecke nichts nützt. Vom Rechtsgut und seinem Träger her gesehen müßte daher der Eigentümer gegen die dauernde SE durch Wegnehmen aus seinem Gewahrsam geschützt werden.

Folgendes Ereignis ist tatsächlich vorgekommen:
E ist mit dem Boot bereits mehrere Meter vom Landesteg entfernt, als ihm T vom Steg aus, gegen den von E geäußerten Willen, dessen Schlüsselbund durch die Luft zuwirft. Der Wurf geht daneben und der Bund, woran Auto-, Wohnungs-, Büro- und andere Schlüssel hängen, versinkt und bleibt unauffindbar. Eine vollkommenere Methode, mit welcher E um seine Schlüssel gebracht werden kann, ist nicht denkbar. Auch hier wurde daher das Eigentum auf die intensivst mögliche Weise verletzt.

---

1) § 274 Abs. 1 Nr. 1 liegt nicht vor. Nach h. L. hat diese Vorschrift den gleichen Urkundsbegriff wie § 267 (z. B. Welzel § 61 II 1 a m. w. N.; Schönke-Schröder § 274 Rn. 4 m. w. N.). Zwar sind die fraglichen Schriftstücke zum Beweis geeignet und bestimmt, jedoch läßt sich aus ihnen allein regelmäßig nicht der Aussteller erkennen. Da es nicht ausreicht, "wenn der Aussteller nur aus anderen, außerhalb des verkörperten Gedankeninhalts liegenden Tatsachen zu entnehmen ist, etwa aus den Schriftzeichen" (so Welzel § 59 II 3), wurden hier keine 'Urkunden' entzogen.

Soweit im folgenden derartige Beispiele angeführt werden, sind sie im dargelegten Sinn zu verstehen; der Aussteller ist daher nicht erkennbar, und es liegen keine Urkunden vor.

2. Die Rechtsgutsverletzung unter Gesichtspunkten der augenblicklichen Lebenswirklichkeit

Angesichts der augenblicklichen Lebensverhältnisse mag man versucht sein, dem dauernden Entzug vieler Sachen nur deshalb keine besondere Gewichtigkeit beizumessen, weil sie zur Zeit leicht durch neue oder ähnliche Sachen ersetzt werden können.
Dies kann sich jedoch von heute auf morgen ändern; man denke nur an die Abhängigkeit der modernen Industriegesellschaft von den (Rohstoff-)Lieferungen anderer Länder. Oft werden z. B. bestimmte Güter oder Waren ausschließlich oder überwiegend aus einem Land oder einer politisch zusammenhängenden Ländergruppe bezogen. Unterbleiben die Lieferungen, so sind die betreffenden Güter und vielfach die davon abhängigen Produkte nicht mehr ersetzbar.
Die Entziehung der entsprechenden, im Inland noch vorhandenen Sachen erhielte damit für jedermann eine Gewichtigkeit, welche unzweifelhaft eine Pönalisierung erforderte.
Läßt man die SE straflos, so wäre die Pönalisierung im Ernstfall und geraume Zeit danach nicht möglich.

3. Die Strafe als notwendige Sanktion

Angesichts der Achtung, die in einem ausgeglichenen Sozialwesen dem Eigentum in seiner Bedeutung für den Einzelnen zukommen muß, erscheint der zivilrechtliche Ausgleich als nicht gewichtig genug im Vergleich zur Rechtsgutsverletzung der dauernden SE durch Wegnehmen.
Er läuft nur auf die meist unmögliche Naturalrestitution oder auf den unzureichenden Wertersatz hinaus, der lediglich finanziell Ausgleich schaffen will. Der Ausgleich ist jedoch oft in Geld überhaupt nicht zu berechnen (vgl. auch § 253 BGB).
Aus der Tatsache, daß kein finanzieller oder allgemein wirtschaftlicher Schaden eingetreten ist, auf eine fehlende oder entsprechend geringe Strafwürdigkeit der SE zu schließen, wäre verhängnisvoll.

Die Strafwürdigkeit hinge dann nicht vom Charakter der Eigentumsverletzung, sondern davon ab, ob sich der Wirtschaftskreislauf des betreffenden Lebensbereiches, in welchen durch die SE eingegriffen wurde, schon bemächtigt hat oder nicht.
Eine solche Betrachtungsweise wäre einseitig. Die Einseitigkeit der wirtschaftlichen Wertung gebietet es, gerade bei wirtschaftlich nicht bezifferbaren Schäden - widerlegbar - zu vermuten, daß derartige zivilrechtlicher Sanktionen ermangelnde Fälle, der strafrechtlichen Sanktionen um so dringender bedürfen.
Unabhängig von der Gewährung zivilrechtlichen Schadenersatzes müssen daher bei derartig einschneidender Rechtsgutsverletzung der oben geschilderten Art[1] Maßnahmen zum Schutz und zur bestätigenden Anerkennung des Rechtsguts getroffen werden.
Für diese Maßnahmen steht der Gemeinschaft allein das Strafrecht zur Verfügung. - Andere, zwischen zivil- und strafrechtlichen Sanktionen stehende Mittel, deren sich der Staat wirksam bedienen kann, sind nicht vorhanden.

Insoweit erscheint daher ein strafrechtlicher Schutz vor der SE durch Wegnehmen geboten[2].

II. Die Rechtsgutsverletzung nach den Wertungen des StGB

1. Die Sachbeschädigung als einziges Vergleichsdelikt

Die hier in Frage stehende SE regelt nicht einen oder einige Sonderfälle unter den SEen, sondern die SE schlechthin.

Ein Delikt, das mit der SE bezüglich der Strafwürdigkeit der Rechtsgutsverletzung verglichen werden kann, muß daher sinnvollerweise die in ihm pönalisierte Verhaltensweise ebenso generell regeln.

---

1) s. o. S. 105 ff, 108

2) Auf eine derartige Verpflichtung des Staates wies bereits Kohlrausch im Kommissionsbericht (S. 474) 1936 hin; einen "Grundtatbestand der Verletzung fremden Eigentums" befürwortet auch Armin Kaufmann (S. 299).

Augenblicklich geht es um die SE als Eigentumsdelikt.
Das Wesen der SE besteht in der schlichten Enteignung, ohne Zuordnung.
Ein vergleichbares Delikt müßte vielmehr die gleiche Schutzrichtung wie die SE aufweisen.
Die Eigentumsverletzung wird in genereller Weise jedoch nur durch die Zuordnungsdelikte und die Sachbeschädigung im StGB erfaßt[1].
Da die Zuordnungsdelikte gerade nicht auf reine Enteignung ausgerichtet sind, scheiden sie aus. Es kommt als Vergleichsdelikt bezüglich der Unrechtswertungen des StGB nur die wie die SE auf reine Enteignung ausgerichtete Sachbeschädigung, § 303, in betracht.

2. Die Grundlagen des Vergleichs

Das in § 303 strafbare Zerstören bedeutet etwa nach Dreher[2] "eine so weitgehende Beschädigung einer Sache, daß ihre Gebrauchsfähigkeit völlig aufgehoben wird".
"Beschädigen" bedeutet dabei "eine nicht ganz unerhebliche Verletzung der Substanz, der äußeren Erscheinung oder der Form einer Sache, durch welche die Brauchbarkeit zu ihrem bestimmten Zweck beeinträchtigt wird".
Für einen Vergleich mit der dauernden SE durch Wegnehmen bietet sich das Zerstören an, da es die Nutzung der Sache durch den Eigentümer grundsätzlich ebenso umfassend vereitelt wie die SE.

3. Vergleich des objektiv-gegenständlichen Geschehens

Sachzerstörung bedeutet ein zur völligen Unbrauchbarkeit führendes Einwirken auf Substanz, äußere Erscheinung oder Form[3].
Bei der dauernden SE jedoch bleibt die Substanz unverletzt.

---

1) vgl. o. §§ 2, 3 S. 4 ff, 24 ff
2) Dreher § 303 Anm. 2 A u. B; sowie Schönke-Schröder § 303 Anm. 8 u. 11
3) vgl. Dreher und Schönke-Schröder aaO.

Entscheidend ist hier grundsätzlich die Nichtnutzbarkeit des Sachkörpers für den Eigentümer infolge des Wegnehmens.
Die objektiven Verhaltensweisen und das objektiv-gegenständliche Ergebnis an der Sache sind daher grundsätzlich verschieden.

4. Vergleich der faktischen Ergebnisse und die rechtliche Wertung

Das faktische Ergebnis für den Eigentümer, dessen Rechtsgut verletzt wurde, ist jedoch das gleiche: Er hat seine Sache nicht mehr.
Wenn jemand in Erregung eine auf dem Tisch stehende fremde Kristallvase nimmt und diese gegen die Wand schleudert, so daß sie zerbricht, wird er wegen Sachzerstörung bestraft. - Denn mit der Zerstörung hat er das Eigentumsrecht auf eine Art und Weise verletzt, wie sie intensiver nicht möglich ist.
Wenn derselbe Täter die Kristallvase statt gegen die Wand durch das offene Fenster in ein an dem Haus vorbeifließendes oder liegendes Gewässer wirft, wo sie wegtreibt oder versinkt, dann hat er ebenso das Eigentumsrecht auf die denkbar intensivste und umfassendste Weise verletzt.

In beiden Fällen ist der Eigentümer ohne seine Vase.

- Zwar bleibt dem Eigentümer die Restsubstanz seiner zerstörten Vase. Ob sie jedoch etwas wert bzw. verwertbar ist, das ist von Fall zu Fall verschieden und in der Regel bei der Zerstörung einer Sache kaum diskutabel. Selbst wenn sie also nennenswert verwertbar wäre, so wird dieser Wert regelmäßig zu dem der unversehrten Sache derart außer Verhältnis stehen, daß er auf das Unrecht keinen mildernden Einfluß haben kann.
Der Wert der Restsubstanz ist somit für das Unrecht der Sachzerstörung grundsätzlich bedeutungslos.
- Etwaige Sonderkonstellationen lassen sich durch den weiten Strafrahmen angemessen berücksichtigen.

Das Rechtsgut Eigentum ist jedenfalls ersatzlos vernichtet.

- Zwar bleibt dem Eigentümer bei der dauernden SE das formaljuristische Eigentumsrecht.
Darauf, ob es in Sonderfällen, z. B. durch Übertragung, noch verwertbar ist, kann eine generelle Regel nicht Rücksicht nehmen, da die Chance der Wiederauffindung und damit der Wiederausübung des Rechts nur zufällig ist.
Auch hier wurde das entscheidende Rechtsgut Eigentum im faktischen Ergebnis vernichtet. Ausschließlich dieses Ergebnis ist für das Strafrecht - unabhängig von Zufälligkeiten oder zivilrechtlichen Formalbegriffen - maßgebend.
Dauernde SE durch Wegnehmen und Sachzerstörung haben daher bezüglich der Rechtsgutsverletzung grundsätzlich den gleichen Unrechtsgehalt und sind insoweit gleichermaßen strafwürdig[1].

Die mit der dauernden SE durch Wegnehmen verbundene Rechtsgutsverletzung, erweist sich daher auch nach den Wertungen des StGB als strafwürdig.

III. Sachenrechtliche Gesichtspunkte (Der "Entziehungsbesitz")

Bei einer SE durch Wegnehmen wird die Sache einer Beherrschung durch denjenigen unterworfen, welcher die dauernde faktische Enteignung herbeiführt. Diese Beherrschung muß nicht zu Gewahrsam oder Besitz führen. So kann der Täter T z. B. aus relativ weiter Entfernung auf die im Gewahrsam des Eigentümers E stehende Sache werfen, so daß diese substantiell unverletzt in ein Gewässer fällt und versinkt bzw. abtreibt.
In der Regel ist das Wegnehmen jedoch mit unmittelbarer vollkommener Sachherrschaft des Täters über die Sache verbunden. So etwa, wenn T den Gewahrsam

---

1) vgl. Gallas aaO: "Ob der Täter die wertvolle Sache zerstört oder sie für den Eigentümer unerreichbar macht, ist im Strafwürdigkeitsgehalt völlig gleich."

des E an der Sache eigenhändig bricht und die Sache danach für einen mehr oder weniger langen Zeitraum körperlich vollkommen beherrscht. Diese Herrschaft ist unabhängig davon, wohin T die Sache schließlich verbringt (ob er sie z. B. ohne Zuordnung bei sich läßt oder in der freien Natur verbirgt).

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die geschaffene Herrschaftsposition des T über die Sache privatrechtlich zu werten ist, d. h. welche Art von Besitz möglicherweise vorliegt. Der Klarheit halber soll von dem Fall ausgegangen werden, daß T die entzogene Sache allein aus Enteignungsgesichtspunkten "zu sich nimmt". Der unmittelbare Besitz (§ 854 BGB) hängt von der tatsächlichen Gewalt ab.
"Maßstäbe für die Beurteilung geben: das Raumverhältnis, die Einwirkungs- und Ausschließungsmöglichkeit und die erkennbare Einordnung des Gegenstandes in den Machtbereich einer Person"[1]. Wer eine Sache "zu sich nimmt" und dadurch den Eigentümer ausschließt, steht in einem Raumverhältnis zur Sache; er hat Einwirkungs- und Ausschlußmöglichkeit. Ebenso hat er die Sache in seinen Machtbereich eingeordnet, da die Zusichnahme gerade deshalb erfolgte, um mittels des um sich herum bestehenden Herrschaftsbereiches den Ausschluß des Eigentümers zu verwirklichen. Das Zusichnehmen hat dann den Besitz zur Folge.
Da nichts ersichtlich ist, was eine Besitzbegründung durch T, der den E vorsätzlich ausschließen will, rechtfertigen könnte, handelt es sich um rechtswidrigen Besitz. Diese Rechtswidrigkeit entspricht den obigen Darlegungen und Wertungen.
Es bliebe noch zu klären, welcher Art der von T begründete Besitz ist.
Fremdbesitz kann es nicht sein, da T nicht für E oder einen anderen Oberbesitzer besitzen will.

---

1) Erman-Westermann S. 854 Anm. 3

- Eigenbesitz scheidet ebenfalls aus, denn dazu wäre erforderlich, daß T "mit dem Willen, die Sachherrschaft wie ein Eigentümer auszuüben, besitzt".[1] T will jedoch keine Eigentümerherrschaft über die Sache ausüben, sondern versteht seine Herrschaft über die Sache lediglich als Mittel zur (Aufrechterhaltung der) Enteignung.
Diese Art von Besitz hat das BGB nicht geregelt. Entweder wurde sie übersehen oder angesichts ihrer relativen Seltenheit übergangen. Da der fragliche Besitz des T allein der Entziehung dient, bietet es sich an, ihn reinen "Entziehungsbesitz" zu nennen.
Was seine Ausschließlichkeit, die Nichtanerkennung irgendwelchen anderen Besitzes, anbelangt, weist der Entziehungsbesitz Ähnlichkeiten mit dem Eigenbesitz auf, so daß im Zivilrecht die analoge Anwendung der Regeln über den Eigenbesitz angezeigt erscheint.

B. Die subjektive Tatseite im besonderen[2]

I. Grundsätzliche Wertung

1. Vorbemerkung

Bei den vorstehenden Überlegungen war das Merkmal dauernd - entsprechend der anfangs erfolgten Begriffsbestimmung[3] - objektiv verstanden worden. Wie anfangs ebenfalls dargelegt[4], kommt jedoch für einen gesetzlichen Tatbestand der SE nur eine subjektive Gestaltung des Merkmals dauernd in Betracht. Diese verkürzt den objektiven Tatbestand. Denn statt Wegnehmen und dauernder Entziehung wird objektiv nur das Wegnehmen gefordert. Das Merkmal dauernd muß nur subjektiv - z. B. "mit dem Vorsatz dauernder Entziehung" - verbrieft sein. Insoweit ist die SE als kupiertes Erfolgsdelikt ausgestaltet.

---

1) vgl. Soergel-Mühl § 872 Anm. 3 ("h. M.")
2) zur subjektiven Tatseite vgl. o. S. 22 f
3) s. o. S. 18 ff
4) s. o. S. 21

Daher stellt sich die Frage, ob die soeben bezüglich der Strafwürdigkeit der Rechtsgutsverletzung gewonnenen Ergebnisse[1] auch für eine als kupiertes Erfolgsdelikt gestaltete SE Gültigkeit beanspruchen können.
Dies dürfte zu bejahen sein. Denn einerseits ist die subjektive Tatseite bei der SE als kupiertem Erfolgsdelikt nicht ohne Bezugspunkt im objektiven Tatbestand; sie ist vielmehr an das objektive Merkmal des Wegnehmens gebunden. Andererseits stellt dieses objektive Merkmal einen sicheren objektiven Anknüpfungspunkt dar. Als Bruch einer fremden Herrschaftsgewalt läßt es an - tatbestandlicher - Deutlichkeit und Bestimmtheit nichts zu wünschen übrig[2].

2. Die deliktische Gewichtigkeit der subjektiven Tatseite im einzelnen

Zwischen Absicht, dolus directus, dolus eventualis besteht ein Stufenverhältnis, was den Grad der Enge der Verknüpfung zwischen subjektiver Tatseite und deliktischem Erfolg anbelangt. Da bei Absicht der Erfolg das angestrebte Ziel des Täters darstellt, ist diese Form die dem Erfolg nächste, die am intensivsten auf den Erfolg bezogene. Bei dolus directus bzw. dolus eventualis ist der Erfolg nur sicher vorhergesehene bzw. nur noch in Kauf genommene Nebenfolge.
Je intensiver die Beziehung des Täters zum Erfolg - bei ansonsten unveränderter Rechts- und Sachlage -

---

1) s. o. S. 105 ff

2) die gleiche Frage stellt sich bei den Zueignungsdelikten (§§ 242, 246). Auch dort wurde sie dadurch gelöst, daß man diese Zueignungsdelikte als kupierte Erfolgsdelikte tatbestandlich vertypte.

ist, je größer und strafwürdiger ist prinzipiell seine verbrecherische Energie. Wenn sich daher die Begehung der oben grundsätzlich für strafwürdig befundenen SE bereits bei dolus eventualis als strafwürdig erweisen sollte, so wäre damit zugleich die grundsätzliche Strafwürdigkeit von Absicht und dolus directus unter Beweis gestellt. Das gleiche gälte dann von eventuell hinzukommenden besonderen subjektiv-täterschaftlichen Merkmalen[1].

3. Dolus eventualis

Im obigen Beispiel[2] liegt eine SE mit dem eventuellen Vorsatz dauernder Entziehung durch Wegnehmen z. B. vor, wenn der Täter T die Tür eines Käfiges öffnet, um das Tier betrachten oder um sich über etwas anderes vergewissern zu können und dabei in Kauf nimmt, daß das (außerhalb des Käfigs lebensfähige) Tier möglicherweise entweicht[3].

Die Gewichtigkeit der entsprechenden Rechtsgutsverletzung, für das tägliche Leben des Menschen, für die Verwirklichung seiner Persönlichkeit war bereits betont worden[4].

Dies kommt besonders dann zum Ausdruck, wenn das Tier etwa dem Eigentümer E für seine Arbeit, für seinen Beruf, für sein tägliches Leben dient; oder, wenn man sich vorstellt, daß E von seinem erarbeiteten Geld das Tier erworben hatte.

---

1) s. u. S. 127 ff

2) vgl. S. 22

3) vgl. als weiteres Beispiel im Bezug auf die subjektiven Tatseiten den "Schlüsselbundfall" s. o. S. 107

4) s. o. S. 105 ff

wer nun wie T im Beispiel auf ein bestimmtes Ziel zusteuert und dabei erkennt, daß sein Verhalten zur Enteignung des Eigentümers führen kann, seine Zwecke jedoch auch auf dieses Risiko hin ohne weiteres weiter verfolgt, stellt ein Verhalten unter Beweis, das für das Zusammenleben in der Gemeinschaft untragbar erscheint. Obwohl T die mögliche Rechtsgutsverletzung und ihre Gewichtigkeit erkennt, ist er weder zur Aufgabe seines Verhaltens, noch zu Umwegen oder Sicherheitsvorkehrungen zwecks Vermeidung der dauernden Enteignung bereit. Es fehlt dem Täter die notwendige Achtung vor fremden Rechtspositionen, welche ihn vor deren Vernichtung zurückhalten könnte. Zwar ist sich der Täter der Rechtsgutsverletzung nicht sicher, wie es bei dolus directus der Fall wäre. Zwar kommt es ihm auf die Rechtsgutsverletzung nicht an (Absicht). Dennoch ist sein Respekt vor bedeutenden fremden, von einer anderen Persönlichkeit getragenen Rechtspositionen und sein Verantwortungsbewußtsein im Rahmen eines gleichberechtigten Zusammenlebens so schwach, daß er um der Erreichung seiner eigenen Ziele willen auch die faktische Vernichtung dieser Rechtspositionen ohne weiteres in Kauf nimmt.

Er demonstriert damit der Gemeinschaft, daß er den Bestand bedeutender fremder Rechtspositionen seinen persönlichen Interessen zu opfern bereit ist. Einem Täter dieser Art kann die Gemeinschaft nicht lediglich mit den rein ausgleichsrechtlichen Regelungen des Zivilrechts entgegentreten. Seine Persönlichkeit, die es zu beeinflussen gilt, erreicht man damit nicht.

Es erscheint daher eine eindringlichere Reaktion der Gemeinschaft erforderlich, durch welche der Täter nicht nur zivilrechtlich-ausgleichmäßig, sondern auch von seinem Wesen, seiner Persönlichkeit her, zur Verantwortung gezogen wird.

Die entsprechenden eindringlicheren Maßnahmen bietet allein das Strafrecht.

Sie sind sorgfältig abgestuft und ermöglichen eine angemessene Reaktion auf das jeweilige individuelle Verschulden.
Die mit dolus eventualis dauernder Entziehung begangene SE durch Wegnehmen ist daher als strafwürdig zu betrachten.

4. Absicht und dolus directus
Da sich dolus eventualis dauernder Entziehung bei der Sachentziehung durch Wegnehmen als strafwürdig erwies, sind - den obigen Überlegungen zufolge[1] - auch Absicht und dolus directus als strafwürdig anzusehen. Entsprechendes gilt für die möglicherweise zu den allgemeinen hinzukommenden besonderen subjektiv täterschaftlichen Merkmale[2].

II. Die subjektive Tatseite nach den Wertungen des StGB
Im StGB erscheint nur die Sachzerstörung vergleichbar[3]. Bezüglich der Rechtsgutverletzung ist die dauernde SE durch Wegnehmen ebenso strafwürdig, wie die Sachzerstörung, da beide auf eine dauernde umfassende Enteignung hinauslaufen.[3] Diese Enteignung ist das wesentliche der beiden Delikte; ihr jeweiliger Unrechtsgehalt weist insoweit keine maßgebenden anderen Merkmale auf. Nach der Wertung des StGB ist die Sachzerstörung strafbar, wenn sie vorsätzlich begangen wird[4]. Das gleiche wurde soeben für die SE ermittelt. Diesem Vergleich steht nicht entgegen, daß es die Eigenart der Sachentziehung erfordert, sie bezüglich des objektiven Merkmals "dauernd" als kupiertes Erfolgsdelikt zu gestalten. Denn der Unrechtsgehalt bleibt auch dabei objektiv ausreichend verbrieft[5].
Die vorliegende SE-form ist also auch nach den Wertungen des StGB strafwürdig. Insoweit besteht eine Strafbarkeitslücke. Dies bestätigt das StGB indirekt dadurch, daß viele Delikte, neben dem "Entziehen" auch das "Zerstören" bestrafen.[6]

---

1) s. o. S. 115 f
2) s. u. S. 127 ff
3) s. o. S. 109 ff
4) vgl. etwa Schönke-Schröder § 303 Anm. 14
5) s. o. S. 114 f
6) s. o. S. 35 ff

Auch die Wertungen des StGB ergeben daher, daß für die Strafwürdigkeit der SE durch Wegnehmen der auf dauernde Entziehung gerichtete dolus eventualis ausreichend aber auch erforderlich ist.

C. Die Rechtsgutsverletzung nach den Wertungen in der Literatur und den Entwürfen

I. Die grundsätzliche Wertung des Wegnehmens

1. Wertung der allgemeinen Meinung

Die grundsätzliche Strafwürdigkeit der dauernden SE durch Wegnehmen ist seit 1900 - abgesehen vom VE 09 und wenigen Einzelstimmen[1] - unbestritten. Schmoller in den Vergleichenden Darstellungen, die Äußerungen zum VE 09, alle weiteren Entwürfe vom GE 11 angefangen, so wie fast die gesamte weitere Literatur hegen daran keinen Zweifel[2]. Grund dafür

---

1) Peters (S. 495) empfiehlt die Streichung der SE-norm aus den Entwürfen wie, so Peters, "oben schon erörtert". Soweit ersichtlich, wurde "oben" (S. 490) die SE nur in ihrer angeblichen Auffangfunktion für § 170 a StGB abgelehnt.

2) vgl. z. B. Hälschner 2. Bd. § 112 S. 387; Hering S. 40; Löwenstein S. 426 f (nach § 289 S. 394); Rieger S. 18, 25 f; Rottmüller S. 44; Schmoller S. 181 (SE = radikalste Form des "Unbrauchbarmachens"); Westerburg S. 50 f;
GE 11, KE 13, E 19 - E 62;
Gallas S. 101; Maurach BT § 25 II A 2; Maiwald S. 133; Peter S. 115 f; Otto S. 348;
Säftel (S. 170), der eine SE-norm ablehnt, erkennt die Strafwürdigkeit u. Strafbedürftigkeit der SE grundsätzlich ebenfalls an. Er ist der Meinung, daß "die Funktion des § 251 E 62 - der Eigentumsschutz - und der deliktische Erfolg durchaus mit Diebstahl, Unterschlagung und Sachbeschädigung zu vergleichen sind".
Säftel, der sich, seiner Themenstellung entsprechend, im wesentlichen auf eine Kritik des E 62 beschränkt, verneint in pauschaler Beurteilung die Schaffung einer SE-norm nur, weil er glaubt, daß "eine befriedigende Tatbestandsfassung noch nicht gefunden werden konnte" (S. 173).
Einen eigenen, wenigstens fragmentarischen Lösungsversuch, der im vorliegenden Rahmen jeweils zur Kritik stehen könnte, bietet er - dementsprechend - nicht an. Somit fehlen auch regelmäßig differenzierende Wertungen bezüglich der hier unterschiedenen SE-formen.

ist die allgemeine Anerkennung der parallelen Unrechtslage zwischen dauernder SE und Sachzerstörung und der Unzulänglichkeit zivilrechtlicher Sanktionen.
Streitfrage ist daher nicht die grundsätzliche Strafwürdigkeit der SE, sondern es geht vielmehr um die Problemkreise, ob die SE nicht bereits im StGB erfaßt ist, welche Arten der SE strafwürdig erscheinen und wie ein entsprechender Tatbestand zu gestalten wäre.

2. Wertung des VE 09

Der VE 09 wendet sich gegen die Pönalisierung der "radikalsten Form" der Sachbeschädigung "die dauernde Entziehung der Sache aus der Verfügungsgewalt des Eigentümers"[1]. Dazu bringt er folgende Einwände vor.

Einwand 1: Regelmäßig würden Zueignungen und daher die §§ 242 oder 246 StGB vorliegen
Gegen diese von Mittermaier[2] zu Recht als irrig bezeichnete Ansicht ist zu sagen, daß bei einem Wegnehmen nur um der reinen Enteignung willen von Zueignung keine Rede sein kann. Der VE 09 hatte offenbar den Charakter der SE als den eines reinen Enteignungsdeliktes noch nicht klar erkannt.

Einwand 2: Greift kein Zueignungsdelikt ein, "so werden die zivilrechtlichen Schutzbestimmungen ausreichend sein".
Diese Feststellung ist für sich betrachtet wertlos, weil unbegründet und widersprüchlich, da der VE 09 die SE grundsätzlich als der Sachbeschädigung des § 303 ebenbürtig ansieht[3], deren Strafwürdigkeit jedoch bejaht. Es bedürfte daher weiterer Begründungen von Seiten des VE 09[4].

---

1) Begr. S. 807 f
2) vgl. S. 352 Anm. 3
3) Begr. S. 807; dauernde SE ist die radikalste Form der Sachbeschädigung; der VE 09 macht sich damit die Formulierung Schmollers (S. 181) zu eigen
4) da Noll (S. 360) ebenso pauschal u. allgemein argumentiert, muß auch seine Behauptung als unverwendbar angesehen werden.

Einwand 3: Generelle Pönalisierung der dauernden Entziehung gegenüber dem "Eigentumsberechtigten" oder dem "zum Besitz Berechtigten".

a) würde sachlich zu weit gehen

Einmal entbehrt diese Behauptung für sich betrachtet jeglicher Begründung. Zum anderen verkennt die Feststellung in ihrer Pauschalität (Eigentumsberechtigter oder zum Besitz Berechtigter) die grundsätzliche Möglichkeit, nur einen bestimmten Teil der SEen zu erfassen und die Möglichkeit, für diese Fälle einen relativ eindeutigen Tatbestand zu formulieren.
Das Wegnehmen einer Sache aus dem Eigentümergewahrsam auf unbestimmte Zeit aus reinen Enteignungsgesichtspunkten stellt jedoch einen, im Vergleich zu anderen Tatbeständen, ausgesprochen eindeutigen Tatbestand dar. Er erfaßt die faktische Eigentumsvernichtung, was "sachlich" kaum "zu weitgehen" dürfte.

b) würde bisher nur "zivilrechtlich geschützte Fälle" erfassen.

Ein solches Argument bezeugt eine versteinerte Rechtsauffassung, die sich der Macht des Geltenden auch dahingehend unterwirft, Lücken nicht mehr als solche zu erkennen.
Darin, daß ein Verhalten bisher nur zivilrechtlich geschützt war, kann gerade die Lücke liegen, die es zu schließen gilt. Das Argument des VE 09 ist daher so lange wertlos, als nur dargelegt wird, daß, nicht aber warum der Zivilrechtsschutz ausreicht. Eine solche Darlegung läßt der VE 09 jedoch vermissen. Daß für bestimmte Verhaltensweisen bisher nur das Zivilrecht galt, ist kein Freibrief dafür, daß diese vom Strafrecht auch weiterhin verschont bleiben. Das Eingreifen von Zivilrecht und Strafrecht für dieselte Verhaltensweise ist nichts Außergewöhnliches. So kann der Mieter einer Sache, für vorsätzliche Sachbeschädigungen sowohl zivilrechtlich, als auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen

werden. Der zivilrechtliche Schutz war jedoch bezüglich der dauernden Enteignung durch Wegnehmen als unzureichend erkannt worden[1].

c) würde nicht nur den "wirklichen Besitzer", sondern auch den, der einen Anspruch auf Überlassung der Sache hat, "zur Strafverfolgung ermächtigen".

Der wirkliche Besitzer, d. h. im vorliegenden Rahmen der Eigentümer, der die Sache im Besitz hat, verdient sehr wohl, wie dargelegt[2], den strafrechtlichen Schutz gegen dauernde Entziehung seiner Sache.
Außerdem betrifft dieser Einwand das Wegnehmen aus Drittgewahrsam sowie vor allem das Vorenthalten[3].

Einwand 4: Dauernde Vorenthaltungen von Sachen auf Grund wirklicher oder vermeintlicher Rechte sind im Leben zahlreich, und "es erscheint nicht unbedenklich, in allen diesen Fällen dem angeblich Benachteiligten auch noch den Behelf einer Strafanzeige zu geben".

Auch bei diesem Einwand zeigt sich, daß der VE 09 den Charakter der SE als den eines reinen Enteignungsdeliktes verkennt[4].
Ein "wirkliches oder vermeintliches Recht", das den Täter zur dauernden Enteignung berechtigt, dürfte es kaum geben und dürfte somit auch kaum vermeintlich angenommen werden.
Dies gilt insbesondere für das Wegnehmen von Sachen aus dem Eigentümergewahrsam. Selbst etwaige Entziehungsrechte im Rahmen der §§ 227, 228 analog, 229, 904 BGB würden nicht zur dauernden, sondern nur zur vorübergehenden SE berechtigen. Wer dennoch irrtümlich das Recht zur dauernden Entziehung annimmt, dessen Verbotsirrtum wird entweder zu entschuldigen oder aus guten Gründen als verschuldet anzusehen sein.

---

1) s. o. S. 108 f u. 115 ff
2) s. o. S. 105 ff u. 109 ff
3) s. u. S. 134 f sowie S. 137 ff
4) vgl. o. Einwand Nr. 1 S. 120

Einwand 5: Die praktische Tragweite einer SE-norm sei "daher nicht recht übersehbar".

Die vorstehenden Darlegungen beweisen, daß eine relativ klare Umschreibung der SE durch Wegnehmen möglich ist. Dies gilt sowohl für die Abgrenzung gegenüber anderen Delikten[1] als auch für die Abgrenzung von strafwürdigen und nicht strafwürdigen Fällen innerhalb der SE selbst (Wegnehmen aus Eigentümergewahrsam mit dem Vorsatz dauernder Entziehung). Die Tragweite einer entsprechenden Strafnorm ist daher durchaus übersehbar.

Zu seinen Begründungen bezüglich der Ablehnung einer Strafnorm SE setzt sich der VE 09 kurz darauf selbst in Widerspruch. In § 291 schlägt er eine "Böswillige Vermögensbeschädigung durch arglistige Täuschung" vor. Er meint damit ein Betrugsdelikt ohne Bereicherungsabsicht; er nennt dieses Delikt eine "reine Vermögensentziehung" und ordnet es unter den Titel "Sachbeschädigung und Vermögensbeschädigung" ein[2]. Zwar sieht der VE 09 auch hier erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten (Delikt darf nicht "zu Belästigung des geschäftlichen Lebens und des sonstigen Verkehrs" führen[2]. Zwar stehen auch hier dem Betroffenen zivile Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung und es dürfte sich vom Standpunkt des VE 09 aus auch hier in der Praxis kein "erhebliches Bedürfnis" nach dieser Norm geltend gemacht haben[3]. Dennoch bemüht sich der VE 09 hier trotz aller Schwierigkeiten einen Tatbestand zu formulieren; eine Mühe, der er sich kurz zuvor bei vergleichbarer Rechtslage entzogen hatte. Dieses Vorgehen spricht nicht für die Richtigkeit der Wertung und Entscheidung des VE 09 die SE straflos zu lassen.

Die Einwände des VE 09 [4] gegen die grundsätzliche Strafwürdigkeit der SE greifen daher nicht durch.

---

1) s. o. S. 71

2) Begr. S. 810 f

3) Begr. S. 808

4) vgl. zum letzten Einwand (Nr. 6) u. S. 207 f

II. Die Wertungen bei der Ausgestaltung des Tatbestandes

1. Die SE als kupiertes Erfolgsdelikt[1]

Im objektiven Tatbestand wird das Merkmal "dauernd" angesiedelt von Schmoller, Mittermaier und den Entwürfen vom KE 13 bis zum E 30. Nähere Begründungen dafür fehlen. Dennoch läßt sich aus der Gesamttendenz der Darlegungen erkennen, daß man damit die Eindeutigkeit und Gewichtigkeit der von der Norm erfaßten Rechtsgutsverletzung gewährleisten will.
Diejenigen, welche überhaupt nicht - weder im Objektiven noch im Subjektiven - zwischen dauernder und vorübergehender SE unterscheiden und nur die SE schlechthin pönalisieren wollen, sprechen sich schon damit gegen die soeben erwähnten Meinungen aus. Es sind dies die E 36 und 62 sowie Otto. - Auf der anderen Seite wird eine rein subjektive Fassung oder jedenfalls eine Fassung mit subjektivem Ansatz bezüglich des Merkmals "dauernd" vertreten. So meint Löwenstein: "Dagegen wird der Erfolg dauernder Entziehung zum Tatbestandsmerkmal nicht erhoben werden dürfen, weil sonst der Nachweis der Vollendung der Tat sich nur selten würde erbringen lassen"[2]. Deshalb fordert Löwenstein die Entziehung "in der Absicht einen dauernden Vermögensschaden zuzufügen" und ihm folgend der GE 11 die Entziehung "in der Absicht ... dauernden rechtswidrigen Nachteil zuzufügen"[3]. Rottmüller ist der gleichen Meinung und spricht sich für die Tatbestandsfassung "Wer entzieht ... und mit einer dauernden Entziehung rechnet" aus[4]. Maiwald stellt bei seinem Merkmal "auf Dauer" nur auf den Tätervorsatz ab[5]. Gallas meint: "Durch die Formulierung 'für dauernd' will ich zum Ausdruck bringen, daß die objektive Tendenz darauf gerichtet sein muß, die Sache dauernd der Verfügungsmacht des Eigentümers zu entziehen."[6] Damit nimmt auch er Abstand davon, die objektive Erfüllung des Merkmals "dauernd" zu fordern.

Der Grundgedanke Löwensteins ist überzeugend. Es wäre

1) s. o. S. 114
2) S. 427
3) Begr. S. 279
4) S. 53
5) S. 139
6) S. 101 f

nicht sinnvoll, auf die objektive Erfüllung des Merkmals "dauernd" zu warten, zumal dies bei streng objektiver Betrachtung des Merkmals nie und bei gemildert objektiver Betrachtung nur in einigen besonderen Fällen gerichtlich feststellbar ist[1]. Außerdem bleibt das Merkmal der Dauer in der hier vertretenen Lösung auf der Grundlage des objektiven Merkmals des Wegnehmens objektiv verbrieft[2].
Es ergeben sich daher aus der Literatur keine entscheidenden Argumente gegen die tatbestandliche Fassung der SE als kupiertes Erfolgsdelikt. Vielmehr wird eine derartige Fassung mehrfach befürwortet.

2. Die Tathandlung

Mit Ausnahme von Otto verlangen alle Wertungen nur ein Wegnehmen, das zur faktischen Enteignung des Eigentümers führt. Wo sich die Sache nach der Entziehung befindet, wird zu Recht als unmaßgeblich angesehen, da dies auf den Unrechtsgehalt keinen Einfluß hat. Lediglich Otto, der die SE als ein den Eigentumsschutz beinhaltendes[3] Vermögensdelikt faßt[4], bringt - allein - durch die Überschrift seines Gesetzesvorschlags "Besitzanmaßung"[5] zum Ausdruck, daß sich der Täter nach der Tat - mehr oder weniger lange - im Besitz der Sache befinden muß.
Diese Fassung der SE erscheint zu eng und außerdem willkürlich. Denn es ist nicht einzusehen, daß z. B. zur SE an einem Boot Besitzbegründung oder -innehabung notwendig ist. So erscheint derjenige, welcher aus beträchtlicher Entfernung den Pflock, an welchem das Boot angetäut war, entzweischießt, so daß es davontreibt, nicht minder strafwürdig, als derjenige, welcher unmittelbar und ungehindert am Boot stehend, also in Besitz der Sache, den Pflock mit der gleichen Wirkung aus dem Boden herauszieht. Die Besitzanmaßung ist daher ein unsachgemäßes Abgrenzungsmerkmal, da die Besitzverhältnisse für das Unrecht der SE unmaßgeblich sind.

---

1) s. o. S. 18 ff
2) vgl. auch o. S. 118 f
3) S. 338 Nr. 11 b
4) S. 317 f
5) S. 344

Insbesondere ist, angesichts der Tatsache, daß die SE ein rein negierendes Delikt darstellt, für das Vorliegen einer Entziehung nicht auf die nach der Tat bestehenden Verhältnisse des Täters, sondern auf die des Eigentümers bezüglich der Sache abzustellen. Eine Sache ist jedoch für den Eigentümer unabhängig davon entzogen, ob sie sich im Besitz des Täters oder in Besitzlosigkeit befindet[1].

3. Der "erhebliche" Nachteil bzw. Vermögensschaden

Peter[2] und Otto[3] fordern im Gegensatz zu allen anderen Wertungen einen "erheblichen" Nachteil (bzw. Vermögensschaden). Bei Peter fehlt eine Begründung, warum dies beim Wegnehmen mit dem Vorsatz dauernder SE erforderlich sein soll. Allgemein will Peter damit Bagatellen ausgeschieden wissen. Angesichts der Gewichtigkeit dieses Wegnehmens[1] erscheint eine derartige Einschränkung nicht ratsam. Sie würde außerdem den Wertungen des StGB widersprechen[4]. Otto betrachtet die von ihm aus dem "Bedürfnis nach einem umfassenderen Besitzschutz"[3] geschaffene Norm als Vermögensdelikt. Davon weiß er auch Eigentumsverletzungen erfaßt; allerdings nur insoweit sie mit "erheblichem" Vermögensschaden verbunden sind. Differenzierungen zwischen der SE mit dem Vorsatz dauernder und jener mit dem Vorsatz vorübergehender Entziehung, also zwischen grundsätzlich schwererem bzw. leichterem Unrecht fehlen bei ihm ebenso wie bei Peter. Möglicherweise läßt sich daraus bei Otto wie auch bei Peter die bei dieser Form der SE ungerechtfertigte Einschränkung der "Erheblichkeit" erklären. In welchem Verhältnis Erheblichkeit und Vermögensschaden steht, bleibt angesichts des ohnehin unklaren Vermögensbegriffes außerdem offen[5].

4. Der einfache Vorsatz

Abgesehen von den Entwürfen sowie von Schmoller, Mittermaier und Löwenstein betrachtet soweit erkennbar die auf die vorliegende Frage eingehende Litera-

---

1) s. o. S. 105 ff
2) S. 115
3) S. 344
4) s. o. S. 110 ff
5) vgl. dazu auch Lampe NJW 72, 755

tur[1] den einfachen Vorsatz für das Merkmal "dauernd" als ausreichend. Dies wird mit der parallelen Unrechtslage zur Sachzerstörung und damit begründet, daß ein spezielleres subjektives Merkmal den Tatbestand zu Unrecht einengen würde.

5. Das Einschränkungsmerkmal der Nachteilsabsicht

Vom GE 11 bis zum E 62 fordern alle Entwürfe eine Nachteilsabsicht; außerdem Löwenstein[2].
Da im Tatbestand ausdrücklich Nachteilsabsicht gefordert wird, ist davon auszugehen, daß der Nachteil nicht in der Entziehung als solcher, sondern in einer anderweitigen Beeinträchtigung liegen muß. Nähere Erläuterungen zum Begriff "Nachteilsabsicht" enthalten die Begründungen der Entwürfe nicht.
Unabhängig davon wird jedoch nirgendwo dargelegt, warum eine SE, wenn sie mit Nachteilsabsicht begangen wurde, strafwürdig erscheint. Es heißt gelegentlich nur lapidar: "Diese Absicht des Täters macht sein Tun strafwürdig"[3], oder "daß eine solche Handlungsweise strafwürdig ist, wenn der Täter die Absicht hat, jemand Nachteil zuzufügen, ... bedarf keiner Darlegung[4], oder "Um sie von Taten, die nur zivile Unrechtsfolgen nach sich ziehen, abzuheben, muß sie eine bestimmte subjektive Färbung haben" und "die Strafwürdigkeit einer in Schädigungsabsicht geschehenen ... (SE) ... bedarf auch keiner weiteren Begründung"[5]. Oder: "auch das Handeln in Nachteilsabsicht kann Strafe nicht immer rechtfertigen"[6].
Solche Behauptungen entbehren nicht nur der Begründung und geben nichts dafür her, die SE bei schlichtem Vorsatz als nicht strafwürdig anzusehen. Sie lassen diese Frage vielmehr ausdrücklich offen, indem sie sich ohne Zusammenhang mit dem Vorsatz nur auf die Nachteilsabsicht beziehen. So heißt es auch

---

1) s. o. S. 119 Anm. 2
2) "Absicht dauernden Schaden zuzufügen"
3) E 19 Begr. S. 314; E 25 Begr. S. 158; im gleichen Sinne Rieger S. 26; ohne Begründung: Hering S. 40; Rottmüller S. 32 ff; Westerburg S. 28
4) E 27 Begr. S. 164
5) Kohlrausch S. 492
6) E 62 Begr. S. 422

im E 19[1] zur Straflosigkeit der dauernden SE durch Wegnehmen: "Dieses Ergebnis widerspricht dem Rechtsgefühl jedenfalls dann, wenn der Täter damit einem anderen Nachteil zufügen will"[2]. Nirgendwo wird jedoch begründet, warum eine SE, wenn sie mit einfachem Vorsatz begangen wurde, nicht strafwürdig erscheint. Vielmehr wird diese Frage die Begründungen aller Entwürfe hindurch noch nicht einmal erwähnt oder gar angeschnitten. Nur der VE 09 und Löwenstein in den Äußerungen zum VE 09 stellen diese Frage und gehen näher darauf ein[3]; dabei lehnt der VE 09 eine SE-norm ab, Löwenstein in den Äußerungen befürwortet sie, im Blick auf die Bedenken des VE 09 allerdings mit der Einschränkung der Schadenszufügungsabsicht, welche der Absicht Nachteil zuzufügen entspricht.

Die Tatsache, daß alle Entwürfe die Frage der Strafwürdigkeit des schlichten Vorsatzes nicht erörtern und sich auf die unbegründete Feststellung beschränken, Nachteilsabsicht mache das Tun des Täters strafwürdig, deutet daher darauf hin, daß die Entwürfe möglicherweise die vorangegangenen Erwägungen der Äußerungen zum VE 09 stillschweigend übernommen haben. Löwenstein hatte in den Äußerungen zum VE 09 ausgeführt: "Der Gefahr, daß Fälle, die des Strafschutzes nicht bedürfen, unter den Tatbestand fallen könnten, wird dadurch zu begegnen sein, daß die Schädigungsabsicht zum Tatbestandsmerkmal erhoben wird."[4] Einziger irgendwo und irgendwie näher begründeter Anlaß für das Erfordernis der Nachteilsabsicht war also, soweit ersichtlich, die Besorgnis der "nicht recht übersehbaren praktischen Tragweite" im VE 09. Zu dieser Besorgnis besteht jedoch im vorliegenden Rahmen, wie oben dargelegt[5], kein Anlaß. Weitere Argumente im Schrifttum gegen den schlichten Vorsatz sind nicht ersichtlich[6].

---

1) S. 301
2) Hervorhebung vom Verfasser
3) vgl. VE 09 S. 809 und Löwenstein S. 426 f
4) S. 426
5) s. o. S. 120 ff
6) vielmehr fordert der auf den VE 09 und die Äußerungen folgende Entwurf (GE 11) Nachteilsabsicht unter Berufung auf Löwenstein.

Es bleibt daher insoweit beim obigen Ergebnis[1].
Da die Absicht einer Nachteilszufügung nicht erforderlich ist, erscheint die Absicht der Zufügung eines "erheblichen Nachteils", wie ihn der E 62 in § 251 auch für die dauernde SE durch Wegnehmen fordert, erst recht entbehrlich.

6. Das Einschränkungsmerkmal der "Boshaftigkeit" oder "Böswilligkeit"

Der E 36 fordert neben der Nachteilsabsicht alternativ die Boshaftigkeit. Ähnlich hält Mittermaier - abgesehen davon, daß er die SE als Vermögensdelikt versteht - ein "böswilliges" Handeln für erforderlich[2]. Böswilligkeit, mit der Boshaftigkeit vergleichbar, bedeutet "die Absicht"[3] etwas zu tun, oder wie Maurach definiert: "Eine rechtsfeindliche Einstellung des Täters, die durch die Geflissentlichkeit der Handlung ihr Abzielen gerade auf den als verwerflich erkannten tatbestandlichen Erfolg ihren besonderen Ton erhält"[4].
Weder Mittermaier noch der E 36 bringen Stichhaltiges gegen die Strafwürdigkeit der mit schlichtem Vorsatz begangenen SE vor. Mittermaier will mit seiner einschränkenden Tatbestandsfassung dem vom VE 09 gebrauchten Argument der nicht recht übersehbaren Tragweite einer SE-norm begegnen. Insoweit kann auf die obigen Darlegungen bezüglich der Nachteilsabsicht verwiesen werden. Denn da bereits die Bedenken des VE 09 gegen die mit schlichtem Vorsatz begangene SE als nicht zutreffend erkannt wurden, erweist sich jedes Einschränkungsmerkmal, ob Nachteilsabsicht oder Böswilligkeit (Boshaftigkeit) als überflüssig.
Letzteres gilt auch für den E 36. Ihm muß außerdem folgendes entgegengehalten werden:

---

1) s. o. S. 116 ff S. 118 f
2) S. 352 f
3) vgl. Welzel § 63 III 1 b; Schönke-Schröder, 16. Aufl., 1972, § 170 a Anm. 10 "darauf anlegen, daß"; Lackner-Maassen, 7. Aufl. 1972, § 170 a Anm. 6
4) BT § 70 II B

Der E 36 sah die SE bei Boshaftigkeit als strafwürdig an, weil die SE unter diesen Umständen an die iniuria, die Nichtachtung der Persönlichkeit aus gemeiner Gesinnung heraus, grenzt[1]. Warum nur die Beziehung zur iniuria für die Strafwürdigkeit der dauernden SE durch Wegnehmen maßgeblich sein soll, wird nicht begründet. Gegen den schlichten Vorsatz gibt dieser Hinweis somit nichts her.

D. Ergebnis

Als strafwürdig kann daher angesehen werden:
Das Wegnehmen aus dem Eigentümergewahrsam mit dem Vorsatz dauernder SE.

2. Kapitel Das Wegnehmen aus Drittgewahrsam

A. Fragestellung

Hat ein anderer als der Eigentümer E Gewahrsam an der Sache, und nimmt der Täter T diesem Dritten D die Sache weg, so könnte darin ebenfalls eine strafwürdige faktische Enteignung des Eigentümers E liegen. Um dies zu ermitteln erscheint ein Vergleich des Unrechts beim Wegnehmen aus Drittgewahrsam mit dem für strafwürdig befundenen Unrecht beim Wegnehmen aus Eigentümergewahrsam angezeigt.
Beim Wegnehmen der Sache aus dem Eigentümergewahrsam bestand das Unrecht der SE darin, daß E nach dem Tätervorsatz dauernd aus seiner Rechtsposition faktisch ausgeschlossen werden sollte. Dieses Unrecht hatte sich als strafwürdig erwiesen, weil es faktisch auf eine Enteignung hinauslief. Dafür war ein etwaiges besonderes, im Bruch des Eigentümergewahrsams liegendes Unrecht ohne Bedeutung geblieben. Die Strafwürdigkeit dieser SE ist somit im Rahmen des Vergleichs vom Bruch des Eigentümergewahrsams unabhängig. Grundsätzlich ist daher anzunehmen, daß die Art des Gewahrsams, aus dem die Sache entzogen wurde, für den Unrechtsgehalt einer mit der Entziehung möglicherweise verbundenen faktischen Enteignung des

---

1) vgl. Kohlrausch S. 492

Eigentümers keine Bedeutung haben, ihn also nicht mindern kann. Dies entspricht der obigen Konzeption, wonach die Gewahrsamsverhältnisse nur tatbestandskonstruktive Bedeutung haben[1].

Wertung am obigen Ergebnis[2]

Der Drittgewahrsam, den der SE-täter bricht, kann verschieden geartet sein. Es kann sich um den Gewahrsam des rechtmäßigen Besitzers (bzw. Besitzdieners), sowie des rechtswidrigen Besitzers (bzw. Besitzdieners) handeln. Der Täter T, der den wie immer auch gearteten Drittgewahrsam mit dem Vorsatz bricht, den dauernden faktischen Ausschluß des Eigentümers E aus dessen Eigentümerstellung zu bewirken, maßt sich damit eine Beherrschung des Sachkörpers an, die ihm unter keinen Umständen zustehen kann.

Das Eigentum des E verdient, wo es auch ist, ob im rechtmäßigen oder rechtswidrigen Besitz, insoweit Achtung, als niemand das Recht hat, eine den Eigentümer faktisch dauernd ausschließende Herrschaft am Sachkörper auszuüben. Selbst wenn der Besitzer die Sache bereits entzogen oder sich zugeeignet hat, bleibt davon die rechtliche Gewichtigkeit des Eigentums unberührt. So kann es sich bei den Vortaten auch immer nur um Quasi-Entziehungen oder Quasi-Zuordnungen handeln[3]. Dem Täter T, der die Sache dem rechtswidrigen Besitzer entzieht, bietet sich daher nicht minderwertiges, sondern vollwertiges Eigentumsrecht dar. Ebenso wie etwa der Täter, der die vom Dieb gestohlene Sache vernichtet, das vollwertige und nicht etwa ein minderwertiges Eigentum antastet. Indem sich jedoch T die Beherrschung des Sachkörpers

---

1) s. o. S. 12

2) s. o. 1. Kapitel S. 105 ff

3) vgl. Welzel § 47 1 b

anmaßt, negiert er die Eigentümerstellung des E. Das gleiche gilt wenn T dem rechtmäßigen Besitzer entzieht; er negiert die Eigentümerstellung des E und bewirkt einen - hier allerdings ursprünglicher - raktischen Ausschluß des E aus dessen Rechtsposition.

Der Unrechtsgehalt der Eigentumsverletzung durch Wegnehmen der Sache ist daher unabhängig davon, aus wessen Gewahrsam der Sachkörper entzogen wurde. Richtet sich der Vorsatz darum auf den faktischen Ausschluß des Eigentümers aus seiner Rechtsposition, so erscheint die SE aus Drittgewahrsam gleichermaßen strafwürdig wie bei Bruch des Eigentümergewahrsams.

C. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen

I. Bejahung der Strafwürdigkeit

Die allgemeine Meinung betrachtet auch das Wegnehmen aus Drittgewahrsam als strafwürdig. Ausdrücklich verdeutlichen dies im Tatbestand die E 27 und 62, Maiwald, Otto und Peter[1)]. Auch die meisten anderen Meinungen machen das Vorliegen einer SE nicht von einem Gewahrsamsbruch abhängig. Die KE 13, E 19, 22, 25, 27, 30 fassen die SE folgendermaßen: "Wer in der Absicht einem anderen Nachteil zuzufügen, eine fremde Sache einem anderen dauernd entzieht ..." Daraus geht zum einen hervor, daß derjenige, dem der Nachteil zugefügt werden soll,

---

1) vgl. o. S. 92

nicht mit dem identisch zu sein braucht, dem die Sache entzogen wird. Sonst wäre die umständliche Formulierung "einem anderen Nachteil zufügen" verbunden mit "einem anderen dauernd entziehen" nicht zu erklären. Vielmehr könnte es einfach heißen "wer in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen diesem eine fremde Sache dauernd entzieht". Dies wird besonders deutlich beim E 27, der von "jemand Nachteil zufügen" verbunden mit "einem anderen dauernd entziehen" spricht. Gerade dem Eigentümer wird regelmäßig der umfassendste Nachteil dadurch zugefügt, daß seine Sache einem Dritten dauernd entzogen wird. Etwa, wenn T dem Mieter oder Verwahrer die Sache dauernd entzieht. So kann E die Sache z. B. nicht mehr zurückerhalten, er kann sie nicht zur Sicherheit übereignen usw. Daher erfassen die genannten Entwürfe das Wegnehmen aus Drittgewahrsam, soweit es um den Schutz des Eigentümers geht[1].

Zum anderen ergibt sich dies auch einfach daraus, daß diese Entwürfe in den Begründungen[2] darauf hinweisen, die SE habe ebensoviel Verwandtschaft mit der Sachbeschädigung wie mit Diebstahl und Unterschlagung[3]. Dennoch unterscheiden sie im Hinblick auf die Verwandtschaft mit Diebstahl und Unterschlagung nicht zwischen Wegnehmen und "Unterschlagen" (besser: "Vorenthalten"[4]), sondern sprechen nur von Entziehen. Das bedeutet, daß für eine SE ein Gewahrsamsbruch gerade gegenüber dem Eigentümer als nicht erforderlich angesehen wird.

Der GE 11 und Mittermeier sowie Gallas[2] fordern, daß die Sache dem "Eigentümer" entzogen werden muß. "Entziehen" wird jedoch nicht allein als Bruch des Eigentümergewahrsams verstanden. Sonst hätte man dieses dem StGB unbekannten Wortes nicht bedurft;

---

1) zum Schutz sonstiger Rechtspositionen oder -interessen s. u. §§ 16 ff S. 179 ff

2) vgl. o. S. 87 ff

3) z. B. E 19 Begr. S. 314; E 27 Begr. S. 172

4) s. o. S. 15 f

oder man hätte wenigstens einen zusätzlichen Hinweis auf den Gewahrsamsbruch gegeben.
So lassen auch der GE 11, Mittermaier und Gallas den Bruch von Drittgewahrsam für eine Eigentumsverletzung im Sinne der SE genügen.

II. Gegenmeinung

Nach dem grundsätzlich ablehnenden VE 09 fordert Schmoller[1] zwar im Text der Norm ebenfalls nur, daß "dem Eigentümer" dauernd entzogen wird. In seinen Begründungen spricht er jedoch allein vom Entziehen "aus der Verfügungsgewalt des Eigentümers". Verfügungsgewalt hat der Eigentümer an Sachen im Eigentümergewahrsam; wohl kaum noch aber an Sachen im Gewahrsam des rechtmäßigen Besitzers, der die Sache mit seiner Billigung erlangte. An der Sache im Gewahrsam, z. B. des rechtmäßigen Finders oder gar des rechtswidrigen Besitzers, besteht keine "Verfügungsgewalt des Eigentümers". Demnach fielen die letzten Fälle nicht unter den Vorschlag Schmollers, wofür jedoch kein einsichtiger Grund spricht, noch vorgetragen wird.
Von den Argumenten des VE 09 (insbesondere Einwand Nr. 3 c) greift wie bei der Entziehung aus dem Eigentümergewahrsam auch bei Drittgewahrsam keines durch. Zwar ist hier im Gegensatz zur Entziehung aus dem Eigentümergewahrsam außer dem Eigentümer ein Dritter, zumindest in seiner Herrschaftssphäre, betroffen. Um den Schutz dieses Dritten geht es aber im vorliegenden Rahmen nicht. Für die vorliegende SE gelten daher die beim Wegnehmen aus Eigentümergewahrsam gegen den VE 09 angeführten Argumente. Bezüglich des Einwandes Nr. 3 c ist zu sagen, daß kein Grund ersichtlich ist, welcher die Strafwürdigkeit maßgeblich verändert, wenn die Sache statt aus dem Gewahrsam des Eigentümers aus dem eines Dritten genommen wird.

---

1) vgl. o. S. 90

Was die nähere Ausgestaltung[1)] des Tatbestandes anbelangt, so wäre eine Erörterung hier ohne Bedeutung, da von keiner Seite für das Wegnehmen aus Drittgewahrsam etwas anderes als für dasjenige aus Eigentümergewahrsam geltend gemacht wird.

III. Ergebnis

Literatur und Entwürfe bestätigen fast geschlossen die Strafwürdigkeit der SE durch Wegnehmen aus Drittgewahrsam.

D. Ergebnis des 2. Kapitels

Das Wegnehmen aus Drittgewahrsam erscheint daher ebenso strafwürdig, wie das Wegnehmen aus Eigentümergewahrsam.

3. Kapitel Gesamtergebnis des § 10

Entsprechend den obigen Erörterungen kann daher die gegen das Eigentum gerichtete mit dem Vorsatz dauernder Entziehung begangene SE durch Wegnehmen, aus Eigentümer- wie aus Drittgewahrsam, als strafwürdig angesehen werden.

---

1) vgl. o. S. 124 ff

§ 11 Das Vorenthalten mit dem Vorsatz dauernder SE

A. Die prinzipielle Gleichwertigkeit von Wegnehmen und Vorenthalten

I. Die Wertung

Vorenthalten und Wegnehmen unterscheiden sich nur darin, daß die SE im letzteren Fall unter Gewahrsamsbruch erfolgt. Für die mit dem Vorsatz dauernder Entziehung begangene SE durch Wegnehmen[1], als dem lebensnäheren Fall, war festgestellt worden, daß es sich dabei um eine Eigentumsverletzung handelt, wie sie intensiver nicht denkbar ist.
Ob eine solche Entziehung durch Wegnehmen oder durch Vorenthalten erfolgt, kann jedoch wertungsmäßig keinen Unterschied ausmachen. Denn das Schwergewicht im Unrechtsgehalt liegt bei der SE durch Wegnehmen nicht beim Gewahrsamsbruch[2]. Eine Sache erhält ihre rechtlich entscheidende Bedeutung bereits dadurch, daß sie im fremden Eigentum steht und nicht erst dadurch, daß sie sich im Eigentümergewahrsam befindet. Das Schwergewicht im Unrechtsgehalt liegt daher allein bei der Anmaßung der Ausschlußherrschaft mit dem Vorsatz dauernder Entziehung. Diese ist bei der SE durch Vorenthalten gleichermaßen verwirklicht[3]. Die Unterscheidung zwischen Wegnehmen und Vorenthalten hat lediglich tatbestandskonstruktive Gründe[3] und beruht nicht auf unterschiedlichem Unrechtsgehalt. Auch beim Vorenthalten liegt das Schwergewicht allein bei der Anmaßung jener Ausschlußherrschaft und ein hinzukommendes Merkmal, hier das der Veruntreuung, kann daher ebenfalls nur eine untergeordnete Rolle spielen. Insofern können grundsätzlich alle beim Wegnehmen getroffenen Wertungen hinsichtlich der Strafwürdigkeit im objektiven wie subjektiven Bereich für das Vorenthalten übernommen werden. Dies gilt sowohl für die grundsätzliche Wertung wie für die an der bestehenden Strafrechtsordnung ausgerichtete Wertung[4].

---

1) vgl. S. 105 ff
2) Dies gilt unabhängig davon, ob man den Gewahrsam als "selbständiges Schutzobjekt" oder nur als Merkmal der Unrechtsintensität betrachtet; vgl. Schönke-Schröder § 242 Anm. 1
3) vgl. auch S. 12 f
4) vgl. S. 105 ff, 111 ff; 109 ff, 118 f

II. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen

1. Bejahung der Strafwürdigkeit

Die allgemeine Meinung erkennt dem Vorenthalten ohne weiteres die gleiche strafrechtliche Gewichtigkeit wie dem Wegnehmen zu. Dies geht insbesondere daraus hervor, daß vielfach, jedenfalls im Tatbestand, zwischen Wegnehmen und Vorenthalten überhaupt nicht unterschieden wird[1]. Aber auch soweit man einen Unterschied macht[2], will man dadurch keinen Unterschied in der Strafwürdigkeit zum Ausdruck bringen.

2. Gegenmeinung

Gegen eine grundsätzliche Strafwürdigkeit des Vorenthaltens wenden sich allein der VE 09 und Peter.

a) Der VE 09

Der VE 09 trägt seine oben[3] tabellarisch angeführten und für das Wegnehmen abgehandelten Einwände vor. Die Einwände Nr. 1 und Nr. 2 betreffen die SE allgemein. Für das Vorenthalten kann daher auf oben verwiesen werden[4]. Zu den übrigen Einwänden wäre folgendes zu bemerken.

---

1) z. B. Schmoller, KE 13 - E 62, jeweils aaO;
Peter S. 115
Otto, S. 348, spricht unter der Überschrift "Besitzanmaßung" im Tatbestand nur von "entziehen". Diese Überschrift könnte darauf hinweisen, daß er nur die Fälle des Gewahrsamsbruches meint. Dem ist jedoch nicht so, da er auch im Tatbestand der Unterschlagung (S. 347) von "entziehen" spricht, während beim Diebstahl nur von "wegnehmen" die Rede ist.

Die Entwürfe sprechen im Tatbestand von "entziehen". Daß jedoch neben dem Wegnehmen auch das Vorenthalten gemeint ist, ergibt sich daraus, daß nach den Begründungen der SE-tatbestand dann eingreifen soll, wenn bei Diebstahl oder Unterschlagung die Zueignungsabsicht fehlt (z. B. E 62 S. 421; auch VE 09 S. 807 f)

2) z. B. Maiwald S. 140
3) vgl. S. 92 f u. S. 120 ff
4) s. o. S. 120 ff

Einwand 3: Die generelle Pönalisierung der dauernden Entziehung - und somit auch der mit dem Vorsatz dauernder Entziehung begangenen SE[1] - gegenüber dem Eigentumsberechtigten oder dem "zum Besitz" Berechtigten.

a) würde sachlich zu weit gehen.

Vorliegend geht es um das mit dem Vorsatz dauernder Entziehung begangene Vorenthalten einer Sache gegenüber dem Eigentümer. Durch die Merkmale "Vorenthalten", "mit dem Vorsatz dauernder Entziehung" und "Eigentümer" ist der Tatbestand klar erkennbar gefaßt und ergreift nur "sachlich" eindeutige faktische Eigentumsvernichtungen.

b) würde bisher nur "zivilrechtlich geschützte Fälle" erfassen.

Dies besagt nichts gegen die Gewichtigkeit und damit die Strafwürdigkeit der Rechtsgutsverletzung. Diese ist bei dem mit dem Vorsatz dauernder Entziehung begangenen Vorenthalten dem Eigentümer gegenüber gegeben. Andere evtl. minder strafwürdige Fälle stehen nicht zur Diskussion. Warum zivilrechtlicher Schutz ausreicht, wird nicht dargelegt. Die Argumentation übersieht, daß ein Zivilrechtsschutz unzureichend sein, sowie daß trotz ausgeprägten Zivilrechtsschutzes ein strafrechtlicher Schutz notwendig erscheinen kann.

c) würde nicht nur den "wirklichen Besitzer", sondern auch den, der einen Anspruch auf Überlassung der Sache hat, "zur Strafverfolgung ermächtigen".

Wenn der Eigentümer einen Anspruch auf Überlassung der Sache hat und der Täter seine Ausschlußherrschaft mit dem Vorsatz dauernder Entziehung ausübt, so liegt eindeutiges Unrecht in einer tatbestandlich umreißbaren Form vor; das Recht des Eigentümers auf Strafverfolgung ist daher hier gerechtfertigt.

---

1) vom Verfasser eingefügt; vgl. o. S. 124

Insoweit sind die Einwände des VE 09 nicht stichhaltig. Sie gehen von einem überladenen Pauschaltatbestand aus, während hier ein eng umrissener Tatbestand zur Diskussion steht.
Letzteres muß insbesondere den Einwänden Nr. 4 und Nr. 5 entgegengehalten werden[1].

b) Peter

Peter lehnt die Pönalisierung des Vorenthaltens generell mit folgenden Argumenten ab[2]. Man würde durch Pönalisierung "den Tatbestand ins Uferlose ausweiten und schon einfache Vertragsbrüche bestrafen"[2].
Was die Uferlosigkeit anbelangt, so kann auf die Erörterung des Einwandes Nr. 3 a des VE 09 verwiesen werden, wo die klare Überschaubarkeit des Tatbestandes dargetan wurde. Das Vorenthalten mit dem Vorsatz dauernder Entziehung durch den Vertragspartner stellt keinen "einfachen", sondern einen denkbar schweren Vertragsbruch dar. Es ist nicht einzusehen, warum der Täter nur deshalb straffrei bleiben soll, weil er zugleich gegen seine vertraglichen Pflichten verstieß[3].

III. Ergebnis

Durchschlagende, grundsätzliche Einwände gegen die Strafwürdigkeit der SE bestehen daher nicht. Entsprechend den Ausführungen über das Wegnehmen[4] ist auch für das Vorenthalten nichts ersichtlich, was die Einschränkung des Tatbestandes durch ein subjektives Merkmal (z. B. Nachteilsabsicht, Boshaftigkeit) gebietet. Sonstige spezielle Einwände sind nicht erkennbar.
Lediglich Otto[5] will nur die mit einer Besitzanmaßung einhergehenden SEen erfassen. Es ist jedoch für den Unrechtsgehalt, wie bei der SE durch Gewahr-

---

1) s. o. S. 122 f
2) S. 117 f zum systematisch verfehlten Ansatz Peters s. o. S. 12 Anm. 2
3) s. o. S. 126
4) s. o. S. 126 ff
5) s. o. S. 125 f

samsbruch, gleichgültig, ob der Täter durch die Tat Besitz erlangt oder nicht. Wer aus beträchtlicher Entfernung einen Gegenstand auf eine am Flußufer liegende verlorene Sache schleudert, so daß sie körperlich unverletzt in den Fluß fällt, bedarf nicht weniger der Strafe als jener, der die Sache mit der Hand aufhebt und ins Wasser fallen läßt.

Das Vorenthalten auf Fälle der Besitzanmaßung zu beschränken, erscheint daher auch hier unsachgerecht.

B. Gesamtergebnis des § 11

Als strafwürdig kann daher das Vorenthalten angesehen werden, soweit der Täter seine Ausschlußherrschaft mit dem Vorsatz dauernden Ausschlusses des Eigentümers aus dessen Rechtsposition ausübt.

§ 12 Die vorübergehende SE durch Wegnehmen

1. Kapitel Das Wegnehmen aus Eigentümergewahrsam

A. Grundsätzliche Wertung

I. Die Arten der Eigentumsverletzung

Im vorliegenden Rahmen ist das Eigentum geschütztes Rechtsgut. Durch das vorübergehende Wegnehmen aus Eigentümergewahrsam müßte daher das Eigentum verletzt werden und diese Verletzung müßte strafwürdig erscheinen.
Die Eigentumsverletzung bei der vorübergehenden SE besteht in der Anmaßung einer Beherrschung des Sachkörpers, welche den vorübergehenden faktischen Ausschluß des Eigentümers aus seiner Rechtsposition bewirkt[1]. Dadurch kann der Eigentümer E konkret oder abstrakt beeinträchtigt werden. Benötigte E die Sache während der Entziehungszeit, hatte er also das Interesse, die Sache konkret zu verwenden

---

1) s. o. S. 9 f

(konkretes Verwendungsinteresse), so ist es auch konkret beeinträchtigt; denn er kann den ihm aufgrund des Eigentumsrechts zustehenden Sachkörper nicht zur Verwirklichung und zur Gestaltung seines Lebens verwenden. Vielmehr muß er entweder sein Vorhaben ganz aufgeben oder er kann es nur mit Ersatzsachen durchführen, deren Beschaffung und Verwendung erhebliche Beeinträchtigungen mit sich bringen kann. Benötigte E die Sache während der Entziehungszeit nicht, so ist sein Interesse an der ungehinderten Verwendbarkeit des Sachkörpers nicht konkret, sondern nur abstrakt verletzt.

II. Die Verletzung eines konkreten Verwendungsinteresses als Grundlage der Strafwürdigkeit

In den soeben angeführten Fällen hat sich der Täter zwar jeweils eine rechtswidrige Sachherrschaft angemaßt, so daß eine SE vorliegt. Das Eigentum bzw. das Eigentümerinteresse wurde im letzteren Fall jedoch nicht konkret, sondern nur abstrakt verletzt. Das Unrecht der vorübergehenden SE durch Wegnehmen bei Beeinträchtigung eines rein abstrakten Verwendungsinteresses erscheint jedoch im Blick auf die objektive Rechtsgutsverletzung und insbesondere die subjektive Tatseite nicht strafwürdig.
Zwar ist das Eigentum ein wichtiges Rechtsgut, und seine Verletzung darum grundsätzlich strafwürdig, wie sich bei der dauernden SE gezeigt hatte. Jedoch ist es nicht derart überragend - wie etwa Leben oder Gesundheit - daß auch die Bestrafung nicht spürbarer Beeinträchtigungen zur Diskussion stehen müßte. Die Beeinträchtigung rein abstrakter Eigentümerinteressen ist jedoch nicht spürbar. An der Schärfe des Strafrechts gemessen ist die vorübergehend erfolgende abstrakte Rechtsgutsverletzung im Gegensatz zur Rechtsgutsverletzung bei der SE mit dem Vorsatz dauernder Entziehung zu minimal, weil zu vergeistigt, als daß Bestrafung unumgänglich erschiene. Dieser Wertigkeit entspricht die sub-

jektive Tatseite einer derartigen Rechtsgutsverletzung begangen wird. - Die vorübergehende SE kann somit allenfalls bei Beeinträchtigung eines konkreten Verwendungsinteresses, d. h. bei konkretem Nachteil[1] strafwürdig erscheinen.

III. Der Nachteil

Die "Beeinträchtigung eines (konkreten) Verwendungsinteresses" wird mit (konkretem) "Nachteil"[2] umschrieben[3]. Dabei bedingt die Handhabung der Begriffe bei der Auslegung des StGB, daß unerhebliche Beeinträchtigungen des Eigentümerinteresses nicht unter den Begriff "Nachteil" fallen. Denn im gesamten StGB versteht es sich, daß die Rechtsgutsverletzungen bzw. Interessenbeeinträchtigungen nicht "unerheblich" sein dürfen. So fallen etwa unerhebliche Beschädigungen nicht unter § 303[4]. Selbst Körperverletzungen müssen "mehr als unerheblich" beeinträchtigen[5]. Eine besondere Verdeutlichung dieses Umstandes - etwa indem statt eines "Nachteils" ein "erheblicher" oder "beachtlicher Nachteil" gefordert würde - erweist sich daher als unnötig. Nunmehr wäre zu untersuchen, ob die mit Nachteil verbundene vorübergehende SE durch Wegnehmen strafwürdig erscheint.

IV. Die grundsätzliche Wertung

Es soll von folgendem Fall ausgegangen werden:
Eine Bergsteigergruppe will am Morgen zum Gipfel aufsteigen. T nimmt die Seile weg und versteckt sie.

---

1) demgemäß wird "Nachteil" im folgenden als "konkreter Nachteil" verstanden.
2) Von diesem Merkmal glaubt Säftel (S. 168), daß es "die Rspr. vor einige Schwierigkeiten stellen würde". Genaue Umgrenzungen lassen sich jedoch, wie Säftel anhand der Bemängelung zahlreicher StGB-Beispiele (z. B. § 253) indirekt zugibt, nicht finden. Warum diese Schwierigkeiten unlösbar sind, begründet er nicht.
3) s. o. S. 104
4) Welzel § 51 I 1 b; Schönke-Schröder § 303 Anm. 8
5) Welzel § 39 I 1 a

Andere Seile sind für diese Gruppe, jedenfalls an diesem Tag, nicht verfügbar.
Gibt T die Seile nicht rechtzeitig, etwa den ganzen Tag lang nicht, zurück, so daß die Bergsteiger ihr Vorhaben nicht ausführen können, so hat er sich eine Beherrschung des Eigentums der Bergsteiger angemaßt, welche den faktischen Ausschluß aus ihrer Rechtsposition für diesen Tag bewirke. Es liegt daher eine vorübergehende SE durch Wegnehmen vor. Die Gewichtigkeit der entsprechenden Rechtsgutsverletzung zeigt sich an folgendem: Die SE schützt das Eigentumsrecht. Dies verwirklicht sich darin, daß der Eigentümer mit der Sache, wann und wie er will, verfahren (§ 903 BGB), mit ihr sein Leben nicht nur gestalten, sondern überhaupt erst verwirklichen kann. Dieses Recht ist jedoch entscheidend verletzt - hier vorübergehend faktisch vernichtet -, wenn sich der Eigentümer infolge des Wegnehmens seiner Sache nicht mehr bedienen kann. Denn sie dient ihm allein dazu, daß er sie, wenn er sie benötigt, bzw. in seinen Lebenszeitplan eingebaut hat, zur Verfügung steht.[1] - Für die Bergsteiger mag es der einzige zum Aufsteigen geeignete Tag ihres Urlaubs, etwa nach langer Expedition, gewesen sein, sei es witterungsbedingt oder aus anderen z. B. zeitlichen Gründen. Die nach 24 Stunden zurückerhaltenen Seile bleiben ihnen zwar für die übrigen 364 Tage des Jahres oder für den nächsten Urlaub zur Verfügung, so daß man deshalb versucht wäre, die SE als strafrechtlich unbedeutend anzusehen.
Der entscheidende Wert des Eigentums liegt jedoch, wie betont, für den Eigentümer in der Möglichkeit, sich der Sache konkret, also auch zu bestimmten Zeiten, nach Belieben zu bedienen und damit sein Leben zu verwirklichen bzw. zu gestalten. Soweit daher mit der vorübergehenden SE durch Wegnehmen in die Lebensgestaltung des Eigentümers eingegriffen wird, erweist sich die Rechtsgutsverletzung als ausgesprochen gewichtig.
Aber auch wenn die Leute nicht zum untätigen Ausharren auf die Rückgabe angewiesen waren, sondern

---

1) vgl. auch E 62 u. die dort genannten Beispiele (S. 421 f)

z. B. eine andere Tour ohne Seile machen konnten, besteht der Nachteil für sie gleichermaßen darin, daß ihnen durch das Wegnehmen des Sachkörpers ihre für diesen Tag geplante Lebensgestaltung von T vereitelt wurde.

Dieses Beispiel der Urlauber verdeutlicht den Unrechtsgehalt der mit Nachteil verbundenen vorübergehenden SE bereits deshalb besonders augenfällig, weil eine Sache entzogen wurde, auf deren Nutzbarkeit durch den Eigentümer es nach Anlage des Falles besonders ankam; die Lebensverhältnisse der Eigentümer der Sache waren vorübergehend ausschließlich auf die Besteigung angelegt, und diese war ohne die Seile unmöglich. Es wäre jedoch nicht richtig, daraus zu schließen, der Entzug von Sachen, die täglich, im Alltag, also zu - scheinbar - nicht "besonderen" Gelegenheiten benötigt werden, sei mit geringerem Nachteil verbunden und weise daher einen geringeren Unrechtsgehalt auf. Denn wenn die Bergsteiger alltäglich, etwa aus beruflichen Gründen, mit ihren Seilen arbeiten müssen, ergibt sich nichts anderes als wenn es sich um Urlauber handelt. Desgleichen: Wer täglich, etwa von Berufs wegen, Auto fährt und so auf seinen Wagen Tag für Tag angewiesen ist, für den bedeutet bereits eine Entziehung des Wagens[1)] für einen relativ kurzen Zeitraum, von einem vollen Tag ganz zu schweigen - indem man z. B. die Auto- oder Geragenschlüssel wegnimmt - einen Eingriff in sein Eigentum mit Folgen in den verschiedensten Hinsichten, falls ihm nicht ein annähernd gleichwertiges Fortbewegungsmittel zur Verfügung steht. Was dabei an zivilen Ausgleichskosten - neben dem überhaupt nicht bezifferbaren Schaden - entstehen kann, unterstreicht die Schwere einer derartigen Rechtsgutsverletzung.

Weitere, häufiger benötigte Gegenstände dieser Art, mit deren auch nur vorübergehendem Wegnehmen regel-

---

1) ohne i. S. d. § 248 b zu gebrauchen

mäßig beachtlicher Nachteil für den Eigentümer verbunden ist, sind etwa: Schriftstücke jeder Art, soweit sie nicht bereits unter die Sonderform der SE, den § 274 Abs. 1 Nr. 1, fallen[1]; Arbeitsmaterial (Unterlagen zum Vorbereiten oder Durchführen von Verhandlungen, Vorträgen, Gesprächen jeder Art; Lernmaterial für Prüfungen; Ersatzteile für Reparaturen, Gold für einen Goldschmied usf.), das innerhalb einer bestimmten Anzahl von Minuten, Stunden oder Tagen nicht ersetzt werden kann; möglicherweise ist der Anfahrtsweg zu weit oder es liegen Feiertage dazwischen, unter Umständen laufen bestimmte, vom Eigentümer einzuhaltende Fristen ab.

In allen genannten Fällen der vorübergehenden SE erscheint der zivilrechtliche Ausgleich nicht gewichtig genug, um dem Unrecht gerecht zu werden[2]. Zum einen ist er notwendigerweise meist unzureichend oder überhaupt nicht festsetzbar[2].
Insofern verdeutlicht er nicht die Schwere der Rechtsgutsverletzung in der Gemeinschaft und vermag daher nicht wirksam genug zur bestätigenden Anerkennung und zum Schutz des Rechtsguts beizutragen. Zum anderen bleibt durch rein zivilrechtlichen Ausgleich die Persönlichkeit des Täters weitgehend unbeeinflußt. Eine Beeinflussung erscheint jedoch notwendig. Denn auch beim vorübergehenden Wegnehmen, das derart gewichtig in die Lebensgestaltung des Eigentümers eingreift, fehlt dem Täter - bereits, wenn er die Rechtsgutsverletzung für möglich hält und sich damit abfindet[3] - die notwendige Achtung vor dem fremden Rechtsgut und der dahinterstehenden fremden Persönlichkeit[2]. Die Möglichkeit einer über die zivilrechtlichen Sanktionen hinausgehenden Beeinflussung bietet jedoch nur das Strafrecht. Die vorsätzliche mit Nachteil verbundene vorübergehende SE durch Wegnehmen erscheint daher strafwürdig.

1) vgl. o. S. 80 u. S. 105 ff
2) vgl. auch o. S. 108 f
3) z. B. T versteckte den Rucksack eines Gruppenmitgliedes, wobei er es für möglich hielt, daß darin die gesamten Seile der Gruppe waren, und sich damit abfand.

B. Die Rechtsgutsverletzung nach den Wertungen des StGB

I. Die Sachbeschädigung als einziges Vergleichsdelikt

Die dauernde und die vorübergehende SE unterscheiden sich nicht ihrem Wesen nach, sondern lediglich in der Intensität der Eigentumsverletzung; und das nur grundsätzlich, da eine vorübergehende SE der dauernden an Unrechtsgehalt gleichkommen kann[1].
Zu einer Vergleichswertung geeignet erweist sich im Blick auf das Wesen der dauernden SE als reinem und generellem Enteignungsdelikt im StGB allein die Sachzerstörung des § 303[2]. Da sich auch die Sachzerstörung und die Sachbeschädigung nur der Intensität der Eigentumsverletzung nach unterscheiden, wobei die Sachbeschädigung die geringere Intensität aufweist, erscheint die Sachbeschädigung des § 303 als (einziges) Vergleichsdelikt für die vorübergehende SE.

II. Vergleich der objektiven und der subjektiven Tatseiten im Unrechtsgehalt

Geht man davon aus, daß dauernde SE und Sachzerstörung den gleichen Unrechtsgehalt haben[3], so ergibt sich folgendes:

Ebenso wie die vorübergehende SE als minus der dauernden SE erscheint, weil das Rechtsgut nicht vollkommen, sondern nur in gewissem Rahmen verletzt wird, ebenso erscheint - was bereits der Wortsinn zum Ausdruck bringt - die Sachbeschädigung als minus der Sachzerstörung, weil das Eigentum nicht total, sondern nur teilweise verletzt wird.
Dieser Vergleich leidet allerdings darunter, daß nach Beendigung der vorübergehenden SE die Sache dem

---

1) vgl. o. S. 18 f
2) vgl. o. S. 109 f
3) vgl. o. S. 112

Eigentümer uneingeschränkt wieder zur Verfügung steht, während bei der Sachbeschädigung die Reparabilität einmal zweifelhaft, zum anderen in der Regel von Aufwendungen seitens des Eigentümers abhängig ist.
Abgesehen von diesen Unregelmäßigkeiten ist jedoch die Sachbeschädigung gleichermaßen die weniger intensive Form der Sachzerstörung, wie es die vorübergehende SE im Verhältnis zur dauernden ist.
Von dieser Wertung ausgehend sind vorübergehende SE und Sachbeschädigung objektiv gesehen im Unrechtsgehalt ähnlich und vergleichbar.
Auf diesen ähnlichen objektiven Unrechtsgehalt beziehen sich die subjektiven Tatseiten. Für die vorübergehende SE waren auf der subjektiven Tatseite nur die drei Vorsatzarten als strafwürdig erkannt worden.
Auch für die Sachbeschädigung, welche in § 303 für strafwürdig befunden wurde, sind nur die drei Vorsatzarten relevant.
Die Wertung des StGB hinsichtlich der Sachbeschädigung entspricht daher im wesentlichen der für die vorübergehende SE ermittelten Strafwürdigkeit.
Am StGB gemessen ist daher die vorübergehende SE als strafwürdig anzusehen, was die grundsätzliche Wertung bestätigt.

C. Die Rechtsgutsverletzung nach den Wertungen in der Literatur und den Entwürfen

I. Die grundsätzliche Wertung des vorübergehenden Wegnehmens

1. Bejahung der Strafwürdigkeit

Soweit überhaupt Stellungnahmen vorliegen, befürworten grundsätzlich die Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE durch Wegnehmen:
Löwenstein, Maiwald, Otto, Peter, sowie die Entwürfe GE 11, E 36 und E 62[1].

---

1) vgl. S. 90 ff; weiterhin Hering S. 40; Rieger S. 18, 25 f

Maiwald[1] begründet dies mit dem Hinweis auf die parallel liegende Unrechtslage beim Zerstören und Beschädigen in § 303. Otto[2] geht auf den Unterschied zwischen dauernder und vorübergehender SE überhaupt nicht ein. Peter[3] betont besonders den Unrechtsgehalt des vorübergehenden Entziehens einer für bestimmte, besondere Situationen benötigten Sache[4]. Löwenstein fordert einen "dauernden Schaden" und ihm folgend der GE 11 "einen dauernden rechtswidrigen Nachteil"[5]. Damit muß zwar der Schaden bzw. der Nachteil, nicht aber die Entziehung dauernd sein[6].
Der E 36 sieht das Merkmal "dauernd" als zu eng an[7]. Der E 62 beruft sich auf den in der vorübergehenden SE liegenden "Angriff auf das Eigentum"[8].

2. Gegenmeinung

Ausdrücklich oder stillschweigend verneinen die Strafwürdigkeit des vorübergehenden Wegnehmens grundsätzlich: Der VE 09, die Entwürfe KE 13, E 19, 22, 25, 27, 30 [9], Schmoller, Maurach und Gallas.

a) Der VE 09 [10]

Der VE 09 verneint die Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE nicht ausdrücklich. Da er sich jedoch bereits gegen die grundsätzlich mehr Unrecht enthaltende dauernde SE wendet, lehnt er eine vorübergehende SE erst recht ab. Seine Argumente gegen die dauernde SE können daher als auch für die vorübergehende SE geltend betrachtet werden.

---

1) S. 133
2) S. 344
3) S. 104 (u. S. 1 f)
4) vgl. auch o. S. 18 f
5) vgl. S. 90
6) s. o. S. 124 Anm. 2 u. 3
7) Kohlrausch S. 492
8) Begr. S. 421
9) Westerburg verneint die Strafwürdigkeit ohne nähere Begründung (S. 17)
10) S. 807 f

Einwand 3)[1] Generelle Pönalisierung der dauernden - und daher erst recht der vorübergehenden[2] - Entziehung gegenüber dem "Eigentumsberechtigten" oder dem "zum Besitz Berechtigten"

a) würde sachlich zu weit gehen.

Vorliegend geht es allein um das vorübergehende Wegnehmen dem Eigentümer gegenüber. Es entspricht der hier vertretenen Auffassung, daß es sachlich zu weit ginge, die vorübergehende SE generell zu pönalisieren. Als Einschränkungsmerkmal wurde daher die vorsätzliche Zufügung eines Nachteils gefordert[3].

b) würde bisher nur "zivilrechtlich geschützte Fälle" erfassen.

Warum zivilrechtlicher Schutz ausreicht, wird nicht dargelegt. Diese Argumentation übersieht, daß ein zivilrechtlicher Schutz unzureichend sein kann[4].

c) würde nicht nur den "wirklichen Besitzer", sondern auch den, der einen Anspruch auf Überlassung der Sache hat, "zur Strafverfolgung ermächtigen".

Da es um die vorübergehende SE durch Bruch des Eigentümergewahrsams geht, ist der "wirkliche Besitzer" der Eigentümer selbst. Daß er diesen Schutz wegen Zufügung von Nachteilen durch vorübergehendes Wegnehmen verdient, wurde oben eingehend dargelegt[5].

Einwand 4) Dauernde - und auch vorübergehende[2] - Vorenthaltungen von Sachen auf Grund wirklicher oder vermeintlicher Rechte sind im Leben zahlreich, und "es erscheint nicht unbedenklich, in allen diesen Fällen dem angeblich Benachteiligten auch noch den Behelf einer Strafanzeige zu geben".

Abgesehen davon, daß dem VE 09 nicht die eng umgrenzte Tatbestandshandlung der hier vertretenen

---

1) vgl. dazu o. S. 120 ff
2) vom Verfasser eingefügt
3) vgl. o. S. 145
4) vgl. o. S. 145, 121 f
5) vgl. S. 142 ff

Lösung zugrunde liegt, verkennt dieser Einwand, wie beschrieben[1], den Charakter der SE als reines Enteignungsdelikt.

Einwand 5) Die praktische Tragweite einer SE-norm sei "daher nicht recht übersehbar".
Angesichts der engen Tatbestandsumschreibung bleibt kein Raum mehr für diesen Einwand.
Auch gegen die Strafwürdigkeit des vorübergehenden Wegnehmens vermögen daher die Einwände des VE 09 nicht durchzugreifen.

b) Die Entwürfe KE 13 und E 22 sowie die E 19, 25, 27, 30

Eine Begründung des KE 13, welcher dauernden Entzug fordert, fehlt. Die Begründung des E 22 geht auf das vorliegende Problem nicht ein.
Nach der schlichten Behauptung, vorübergehende SE durch Wegnehmen sei nicht strafwürdig, bemerken die übrigen Entwürfe übereinstimmend[2]: "Hier wird in der Regel der Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch des bürgerlichen Rechts einen genügenden Ausgleich bieten. Unter Umständen kann die Tat auch als Sachbeschädigung bestraft werden".
Die Bestrafung über die Sachbeschädigung ist neben ihrer Widersprüchlichkeit und Systemwidrigkeit[3] in der Tat nur "unter Umständen" möglich[4]. Dabei ist der über § 303 aus der Vielfalt der SEen erfaßbare Teil zu gering, als daß er erwähnenswert wäre.
Der Hinweis der Entwürfe auf die Sachbeschädigung als Ersatzlösung vermag daher nicht zu überzeugen und zu befriedigen. Der Hinweis auf das Ausreichen zivilrechtlicher Bestimmungen deckt sich mit der oben bereits abgelehnten Behauptung des VE 09 [5].
Außerdem erscheint es widersprüchlich, zwar die parallele Rechtslage des Delikts SE zu § 303 zu

---

1) vgl. S. 122
2) statt aller E 19 Begr. S. 314
3) vgl. o. S. 25 ff, 39 ff, 58
4) vgl. o. S. 84 f
5) s. o. Einwand Nr. 2 S. 120

betonen[1], jedoch auf die sich aufdrängende parallele Rechtslage zwischen Beschädigung und vorübergehender Entziehung mit keinem Wort einzugehen. Ohne eine Begründung, warum angesichts der unstreitig bejahten Strafwürdigkeit des Beschädigens in § 303 die vorübergehende SE nicht strafwürdig erscheint, kann der Entscheidung gegen die Bestrafung der vorübergehenden SE nicht zugestimmt werden.

c) Schmoller, Mittermaier, Maurach, Gallas

Schmoller[2] anerkennt, daß es strafwürdige Fälle der vorübergehenden SE durch Wegnehmen gibt, lehnt die Bestrafung der vorübergehenden SE jedoch ab, weil "eine scharfe Grenzziehung zwischen ihnen und der großen Mehrzahl der aus dem Strafrecht herausfallenden Handlungen nicht möglich" sei. Daß die "große Mehrzahl" der vorübergehenden SEen aus dem Strafrecht herausfällt, ist unbewiesen. Außerdem ergibt sich die scharfe Grenzziehung der hier vertretenen Lösung aus der Eindeutigkeit der folgenden Tatbestandsmerkmale: Erfaßt wird nur die vorübergehende Entziehung des Sachkörpers, die unter Gewahrsamsbruch des Eigentümers erfolgt und gegen sein Eigentum gerichtet ist. Der Täter muß dem Eigentümer einen Nachteil zugefügt haben. - Auf diese Fassung der vorübergehenden SE durch Wegnehmen treffen daher die Bedenken von Schmoller nicht zu.
Mittermaier geht auf die vorübergehende SE überhaupt nicht ein[3].
Maurach sieht beim ohne Zueignungsabsicht begangenen Fliegenlassen eines Vogels (SE) die Tatbestände der Sachbeschädigung deshalb als anwendbar an, weil "die vom Berechtigten festgelegte Zweckverwendung vereitelt wird"[4]. Er sieht also die SE in § 303 kodifiziert. Aus seinen weiteren Ausführungen folgt, daß dies nur für die dauernde SE gelten soll. So

---

1) z. B. E 19 Begr. S. 314
2) S. 181
3) S. 352 f
4) BT § 25 II A 2 a. E.

meint er anschließend: "Die Straflosigkeit des Gebrauchsdiebstahls kann jedenfalls nicht als Argument gegen die hier vertretene Auffassung gebucht werden, da der furtum usus nur in einer v o r ü b e r g e h e n d e n Entziehung besteht."
Eine vorübergehende Entziehung will Maurach also nicht von § 303 erfaßt wissen.
Warum Maurach nur die der Zerstörung entsprechende dauernde SE und nicht auch die vorübergehende SE, welche ebenfalls eine Zweckvereitelung darstellt, von § 303 erfaßt sieht, bleibt offen. Im Rahmen des § 303 auf den Unrechtsgehalt der Zerstörung allein abzustellen, widerspricht außerdem seiner eigenen Konzeption, den engeren Begriff des "Zerstörens" zugunsten des "Beschädigens" in den Hintergrund zu stellen[1].
Maurachs umfassend angelegter Konzeption würde es vielmehr entsprechen, nicht nur die vollständige Vereitelung aller mit einer Sache verbundenen Zwecke (= Zerstörung bzw. dauernde SE), sondern auch die teilweise Vereitelung der Zwecke (= Beschädigung bzw. vorübergehende SE) als von § 303 erfaßt zu sehen. Ein etwaiges Argument, dahingehend, der Straflosigkeit des furtum usus nicht widersprechen zu wollen, bleibt bedeutungslos und erscheint unbrauchbar, sobald sich die Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE in anderem Zusammenhang eindeutig ergibt. Dies aber ist der Fall, da festgestellt wurde, daß § 303 und SE annähernd den gleichen Unrechtsgehalt haben[2].
Aus Maurachs Darstellungen läßt sich daher nichts Durchgreifendes gegen die Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE durch Wegnehmen herleiten.
Gallas, der die "SE auf Dauer" pönalisiert wissen will[3], lehnt die vorübergehende SE mit der Begründung ab, sie führe den iniuria-Begriff des römischen Rechtes wieder ein, "der die Persönlich-

---

1) BT § 25 II A 2 a. E. u. o. S. 43 ff
2) vgl. o. S. 111 f, 118 f, 146 f
3) S. 101 f; dementgegen sieht Kohlrausch - S. 492 - in der Beziehung der SE zur "iniuria" gerade ein Indiz für die Strafwürdigkeit.

keitssphäre in toto erfaßte"[1]. Hiergegen ist zu erwidern, daß ein Rechtsgut nur bei einem Rechtsgutsträger denkbar ist[2] um dessentwillen allein sich die Frage nach Rechtsgutsschutz stellt. Rechtsgutsträger zu sein ist ein Teil der Persönlichkeit im Rahmen ihrer freien Entfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG). Nicht nur die SE, sondern auch andere Delikte - wie z. B. die übrigen Eigentumsdelikte, die Delikte gegen die Persönlichkeit[3], die Vermögensdelikte - schützen jeweils Teilbereiche der "Persönlichkeitssphäre in toto". Das Argument von Gallas steht daher der Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE nicht entgegen.
Gallas geht dem Vergleich mit dem Beschädigen nach § 303 ebenfalls aus dem Wege. Stichhaltiges bringt daher auch Gallas nicht vor.

3. Ergebnis

Keine der die Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE durch Wegnehmen verneinenden Meinungen vermochte zu überzeugen. Es kann daher von der grundsätzlichen Strafwürdigkeit ausgegangen werden. Zu untersuchen bliebe, ob durchschlagende Argumente gegen die hier vertretene nähere Ausgestaltung des Tatbestandes geltend gemacht werden.

II. Die Wertungen bei der Ausgestaltung des Tatbestandes

1. Die Tathandlung

Wie beim dauernden bzw. dem mit dem Vorsatz dauernder Entziehung begangenen[4], so stellen auch beim vorübergehenden Wegnehmen mit Ausnahme von Otto alle Meinungen nur darauf ab, daß das Wegnehmen zur faktischen Enteignung des Eigentümers führt. Denn auch hier hat es keine Bedeutung für den Unrechtsgehalt, ob die Sache nach der Tat im Tätergewahrsam ist oder nicht[4].

1) vgl. S. 152 Anm. 3
2) darauf weist auch Maiwald hin (S. 133)
3) vgl. Welzel S. XI (1. Buch)
4) vgl. auch S. 125

2. Der "erhebliche" Nachteil

Nach den grundsätzlichen Wertungen sowie nach den Wertungen des geltenden Strafrechts war die vorübergehende SE nur dann strafwürdig erschienen, wenn mit ihr ein konkretes Verwendungsinteresse des Eigentümers vereitelt, d. h. diesem ein Nachteil zugefügt wurde[1].

Im Einklang mit Sprachgebrauch und Wortsinn des StGB war davon ausgegangen worden, daß ein strafrechtlich beachtenswerter Nachteil nicht unerheblich sein kann. In diesem Sinne hatte sich eine Verdeutlichung des Begriffs "Nachteil" durch Hinzufügung des Beiworts "beachtlicher" oder "erheblicher" als nicht erforderlich erwiesen[2].

Der E 62 - sowie ihm folgend Maiwald[3] und Peter[4] - fordern einen "erheblichen" Nachteil; Otto, seiner Konzeption entsprechend, einen "erheblichen" Vermögensschaden[5]. Dies geschieht, um unbedeutende Fälle auszuscheiden, dürfte jedoch angesichts der Tatsache, daß unerhebliche Nachteile keine strafrechtlich beachtlichen Nachteile darstellen, überflüssig sein. Insofern entsprechen sich daher die genannten Meinungen und die hier vertretene Ansicht weitgehend.

3. Der einfache Vorsatz und die Absicht Nachteil zuzufügen

Die gleichen Meinungen, welche einfachen Vorsatz bereits für das Merkmal "dauernd" genügen ließen[6], tun dies - soweit sie die Strafwürdigkeit des vorübergehenden Wegnehmens anerkennen[7] - auch bei letzterem.

Es sind dies Maiwald, Otto und Peter. Hingegen fordern Löwenstein[8] [9], die GE 11, E 36 und E 62

---

1) s. o. S. 140 ff
2) s. o. S. 142
3) S. 319 f
4) S. 115
5) S. 348
6) s. o. S. 126 f
7) s. o. S. 147 f
8) "Absicht dauernden Schaden zuzufügen"
9) vgl. auch o. S. 126 ff

Nachteilsabsicht.
Die Feststellung, Absicht sei bezüglich des Nachteils erforderlich, bleibt hier bezüglich der vorübergehenden SE ebenso wie oben[1] unbegründet. Dementgegen wurde soeben[2] im Einklang mit der Wertung des StGB ermittelt, daß die vorübergehende SE strafwürdig erscheint, soweit vorsätzlich ein Nachteil zugefügt wurde. Diese Meinung wird durch die anfangs angeführten Stimmen aus der Literatur untermauert.

4. Das Einschränkungsmerkmal der "Boshaftigkeit"

Der E 36 will die vorübergehende SE bei boshaftem Verhalten bestrafen[3]. Boshaftigkeit bedingt absichtliches Verhalten[4]. Den Charakter der Boshaftigkeit kann eine vorübergehende SE auch dann tragen, wenn mit ihr kein Nachteil für den Eigentümer verbunden ist. Ein solcher ist jedoch, wie dargelegt, unabdingbar[5].
Der Merkmal der Boshaftigkeit stellt zu sehr auf die subjektive Seite ab, so daß eine entsprechende vorübergehende SE der notwendigen mit Nachteil verbundenen, objektiven Rechtsgutsverletzung oder zumindest der auf sie gerichteten deliktischen Energie entbehren kann. Das strafrechtliche Erfassen eines entsprechenden Falles käme der Praktizierung von Gesinnungsstrafrecht[6] nahe.
Die Bestrafung der vorübergehenden SE bei Boshaftigkeit ist deshalb im Einklang mit dem E 62 [7] abzulehnen.

D. Ergebnis des ersten Kapitels

Weder die Wertungen der Literatur, welche die Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE durch Wegnehmen aus dem Eigentümergewahrsam grundsätzlich ablehnten, noch diejenigen, welche die Strafwürdig-

---

1) vgl. o. S. 126 ff
2) vgl. o. S. 145 f, 147
3) vgl. o. S. 91
4) s. o. S. 129 f
5) s. o. S. 140 ff
6) vgl. Welzel § 13 II 2 b
7) Begr. S. 422

keit unter anderen als den hier vertretenen Tatbestandsmerkmalen bejahten, erwiesen sich als durchschlagend. Es bleibt vielmehr bei der obigen, durch das StGB bestätigten Wertung, daß vorübergehende SE dann strafwürdig erscheint, wenn der Täter vorsätzlich einen Nachteil zufügt.

2. Kapitel Das Wegnehmen aus Drittgewahrsam

A. Fragestellung

Auch[1] hier stellt sich die Frage, inwieweit neben dem Wegnehmen aus Eigentümergewahrsam das Wegnehmen aus Drittgewahrsam als Delikt gegen den Eigentümer strafwürdig erscheint. Die vorübergehende SE unter Bruch des Eigentümergewahrsams war nur bei Nachteil für den Eigentümer strafwürdig erschienen[2]. Es ist daher zu untersuchen, ob im Wegnehmen aus dem Gewahrsam des rechtmäßigen bzw. des rechtswidrigen Besitzers[3] ein Nachteil für den Eigentümer liegt.

B. Wertung am obigen Ergebnis[4]

I. Vorübergehendes Wegnehmen aus rechtmäßigem Besitz

1. Die grundsätzliche Wertung

Ob das vorübergehende Wegnehmen der Sache aus dem rechtmäßigen Besitz eines Dritten - auch wenn es mit Nachteil für den Dritten verbunden ist - einen Nachteil für den Eigentümer bedeutet, hängt vom Einzelfall ab.
Wird etwa dem Mieter M die Sache des Eigentümers E vorübergehend entzogen, und ist es für M nicht zumutbar, abzuwarten, bis die Leistung des E wieder möglich wird, so liegt - völlige - Unmöglichkeit vor[5].

---

1) s. o. S. 130

2) s. o. S. 140 ff

3) Eine Unterscheidung der Besitzer war bei der dauernden SE angesichts ihrer Totalität von vornherein als unnötig erschienen; s. o. S. 130 ff

4) s. o. S. 140 ff

5) z. B. Palandt § 275 Anm. 4 f; Medicus § 14 II 1

Der Nachteil[1] des E besteht darin, daß das Mietverhältnis erlischt und er nicht den vollen Mietzins erhält. Es entsteht daher Nachteil für E, unabhängig davon, ob M Nachteil erlitt.
Hat E die Sache jedoch verliehen, so mag zwar dem Entleiher durch die vorübergehende SE Nachteil entstehen. Für E entsteht jedoch nur Nachteil, wenn er mit dem Verleihen wirtschaftliche oder persönlichkeitsbezogene Interessen verbindet und diese - konkret - verletzt werden. Dies kann jedoch von Fall zu Fall verschieden sein.

2. Vergleich mit den Wertungen des StGB

Von den Delikten des StGB war als mit der vorübergehenden SE vergleichbar allein die Beschädigung in § 303 erschienen[2]. Die vorübergehende SE aus berechtigtem Besitz hatte sich nur bei für den Eigentümer konkret spürbarem Nachteil als strafwürdig erwiesen. Diese Wertung würde durch das StGB bestätigt, wenn sich herausstellte, daß auch die in § 303 für strafwürdig befundene Beschädigung ihren Unrechtsgehalt grundsätzlich und wesentlich in einem konkreten Nachteil für den Eigentümer findet. Im subjektiven Tatbestand stimmen beide Delikte überein, da jeweils Vorsatz gefordert wird.
Sachbeschädigung bedeutet Substanzverletzung[3]. Grundsätzlich bleibt eine Sache bei Substanzverletzung auch nach der Reparatur von der Verletzung (Beschädigung) dauernd gekennzeichnet; sei es, daß sie merkantil oder persönlichkeitsbezogen minderwertig ist. Insofern entsteht dem Eigentümer, der diese Sache zurückerhält, ein konkreter Nachteil. Ob er bereits während der Vertragslaufzeit oder erst danach für den Eigentümer spürbar wird, beeinflußt zwar seine Aktualität, nicht aber seine Konkretheit.
Ist eine so gut wie vollkommene Wiederherstellung der Sache ohne Minderwert irgendwelcher Art möglich,

---

1) vgl. o. S. 142 Anm. 1
2) s. o. S. 146 f
3) s. o. S. 58 ff

so entsteht konkreter Nachteil für den Eigentümer trotzdem immer dann, wenn einmal die Reparatur nicht bis zum Vertragsende abgeschlossen ist, zum anderen, wenn sie zwar bis zum Vertragsende abgeschlossen wurde, E jedoch während der Vertragslaufzeit infolge der Beschädigung an der Wahrnehmung von Verwendungsinteressen gehindert war, welche über das allgemeine Interesse, die Sache vertraglich genutzt zu wissen, hinausgehen (z. B. Besichtigung zwecks Verkaufs).

In allen diesen Fällen entspricht die Wertung der Beschädigung aus § 303 derjenigen der vorübergehenden SE, da beide mit konkretem Nachteil verbunden sind[1].

Es bleiben die Fälle, wo eine vollkommene Reparatur ohne Minderwert irgendwelcher Art vor dem Vertragsende stattfand, ohne daß E durch die Beschädigung, solange sie bestand, Nachteil erlitt. Dies ist insbesondere möglich bei Beschädigung durch Zerlegen einer zusammengesetzten Sache in ihre "Einzelsachen", ohne daß die letzteren ihrerseits beschädigt (substantiell verletzt) worden wären. Denn hier kann ein Wiederzusammensetzen die in jeder Hinsicht vollwertige, ursprüngliche Sache ergeben.

Obgleich für E kein Nachteil entstand, werden diese Fälle von § 303 erfaßt[2].

Das StGB erfaßt daher auch Fälle der Sachbeschädigung, deren Parallelfälle im Bereich der SE nach den vorliegenden Erörterungen nicht strafwürdig erschienen. Die Regelung des § 303 geht daher insoweit über die für die SE ermittelte tatbestandliche Reichweite hinaus. Die Reichweite der SE ist somit geringer als die der Sachbeschädigung und wird deshalb durch die weiterreichende Regelung des § 303 gedeckt.

---

1) Dabei erweist sich die Grenzziehung bei der SE als wesentlich deutlicher als bei der Beschädigung, da für SE ein Nachteil bereits im Tatbestand gefordert wird.

2) vgl. etwa Maiwald S. 137 Anm. 84

Insofern bestätigt das StGB daher die hier vertretene Wertung[1], daß die vorübergehende SE aus dem Gewahrsam des rechtmäßigen Besitzers als Eigentumsdelikt nur bei Nachteil für den Eigentümer strafwürdig erscheint.

3. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen

Die Gegner einer Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE gehen auf die SE aus Drittgewahrsam überhaupt nicht ein. Vorsorglich wäre auf die entsprechend anzuwendende, oben erfolgte Ablehnung ihrer Argumente als nicht sachgerecht[2] sowie auf die Feststellung der Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE[3] zu verweisen.
Die Befürworter einer grundsätzlichen Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE, die Entwürfe GE 11, E 36 und E 62 sowie Löwenstein[4], Maiwald[5], Peter[6] und Otto[7], bejahen auch die Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE aus rechtmäßigem Besitz eines Dritten. Die GE 11, E 36, E 62, Löwenstein und Otto beschäftigen sich nicht näher mit der SE aus Drittgewahrsam. Allein Maiwald geht im Rahmen der Erörterungen über die vorübergehende SE gegenüber dem unberechtigten Besitzer indirekt auf dieses Problem ein[8]. Er kommt zu dem Ergebnis, daß "der Nachteil des berechtigten Besitzers, d. h. einer solchen Person, deren Besitz auf dem Eigentümerwillen beruht, stets der Nachteil des Eigentümers ist"[5].
Dies widerspricht dem obigen Ergebnis[9], wonach es Fälle gibt, in denen trotz Nachteils für den rechtmäßigen Besitzer kein Nachteil für den Eigentümer vorliegt. Seine Meinung begründet Maiwald damit, daß der Gewahrsam des rechtmäßigen Besitzers auf dem Willen des Eigentümers E beruhe, und der Täter da-

---

1) s. o. 1 S. 156 f
2) s. o. S. 134
3) s. o. S. 155 f
4) S. 426
5) S. 137 (140)
6) S. 115
7) S. 348
8) Peter berührt es in Anm. 1 S. 117
9) s. o. S. 156 f

her im Grunde in den "Herrschaftsbereich des E - seine 'vergeistigte Sachherrschaft' -"[1] eindringe. Der Nachteil des E besteht daher für Maiwald in der Verletzung der - vergeistigten - Sachherrschaft des E. Ein solcher Nachteilsbegriff stellt für den Eigentümer nicht auf konkrete Beeinträchtigungen ab, sondern rechnet die konkreten Beeinträchtigungen des rechtmäßigen Besitzers durch abstrakte gedankliche Wertung dem Eigentümer in "vergeistigter" Form zu.
Eine vorübergehende SE durch Wegnehmen, welche lediglich "vergeistigte" Nachteile für den Eigentümer bewirkt, erscheint jedoch als Eigentumsdelikt nicht strafwürdig; auch würde eine solche Zurechnung zu kaum vertretbaren Ergebnissen führen.
Die rein formelle Verletzung von Eigentümerinteressen, ohne Nachteil für den Eigentümer war für eine Bestrafung als nicht gewichtig genug angesehen worden, als daß sie Strafe hätte erforderlich erscheinen lassen können[2]. Außerdem wäre bei der Lösung Maiwalds, der Eigentümer immer derart schwer oder leicht verletzt, wie es die Verhältnisse beim rechtmäßigen Besitzer bedingten. Ist der rechtmäßige Besitzer aus persönlichen Gründen denkbar stark auf die Sache angewiesen, so wäre der Eigentümer in seinem Eigentumsrecht ausgesprochen stark verletzt. Benötigte der Besitzer die Sache zu dieser Zeit überhaupt nicht, so wäre der Eigentümer nicht verletzt. Zur Schwere der Eigentumsverletzung müßte sich der Eigentümer im (Privatklage-) Prozeß nicht auf seine eigenen, sondern auf die persönlichen Verhältnisse des Besitzers berufen. Gibt man etwa auch dem Besitzer ein Antragsrecht, so wäre eine Subsidiarität des Eigentümerantrages gegenüber dem des Besitzers erforderlich. Sonst könnte es zu der merkwürdigen Rechtslage kommen, daß der Besitzer nicht klagen, also das Delikt, welches in der Verletzung

---

1) S. 137 Anm. 85; Verweis auf S. 206; ähnlich Peter S. 117 Anm. 1

2) s. o. S. 140 f u. 156 f

seiner persönlichen Verhältnisse seine Begründung findet, nicht geahndet wissen will, der Eigentümer aber dennoch klagt und so die Verletzung der persönlichen Verhältnisse des Besitzers zu seiner eigenen macht. Diese Problematik zeigt bereits, daß es nicht vertretbar ist, mit Hilfe der abstrakten, "vergeistigten" Sachherrschaft die individuellen Nachteile des Besitzers zu individuellen Nachteilen des Eigentümers zu machen.
Maiwald[1] beruft sich für seine Ansicht auf die Sachbeschädigung aus § 303, welche auch dann vorliegt, wenn "der Eigentümer von diesem Ereignis gar nichts 'zu spüren bekommt'", weil der Besitzer die Sache vollwertig repariert. Er fährt fort: "Daß die Störung der Funktionsfähigkeit einer Sache gerade den Eigentümer in irgendeiner Weise äußerlich stören müßte, ist also keine Voraussetzung für die Annahme eines Eigentumsdelikts."
Soeben wurde jedoch betont, daß die Sachbeschädigung insoweit auch nicht strafwürdiges Unrecht erfaßt. Sie vermag somit diesbezüglich nicht als Leitbild für die Strafwürdigkeit der SE zu dienen[2].

Der Lösung Maiwalds kann daher nicht zugestimmt werden.

4. Ergebnis

Entsprechend dem vorübergehenden Wegnehmen aus Eigentümergewahrsam erscheint daher das vorübergehende Wegnehmen aus rechtmäßigem Besitz als Eigentumsdelikt nur strafwürdig, wenn vorsätzlich ein Nachteil für den Eigentümer herbeigeführt wurde.

II. Vorübergehendes Wegnehmen aus rechtswidrigem Besitz

Das vorübergehende Wegnehmen aus rechtmäßigem Besitz hatte als Eigentumsdelikt seinen Unrechtsgehalt nur in den Nachteilen des Eigentümers gefunden; ohne sie erschien Strafe nicht gerechtfertigt.

---

1) S. 137 Anm. 84
2) s. o. S. 157 ff

Das gleiche gilt für das vorübergehende Wegnehmen aus rechtswidrigem Besitz, bei dessen Vorliegen das Eigentum weder weniger[1] noch mehr Schutz verdient, als beim rechtmäßigen Besitz. Wenn daher die, z. B. für zwei Wochen erfolgende, vorübergehende SE aus dem Gewahrsam des Mieters ohne Nachteil für den Eigentümer nicht strafwürdig erscheint, so ist kein Grund ersichtlich, warum die entsprechende SE dem Dieb gegenüber strafwürdig sein sollte. Die Unrechtswertung führt somit bei beiden Formen der SE zum gleichen Ergebnis, so daß die obigen Erörterungen[2] hier übernommen werden können. Besondere Erörterungen für den rechtswidrigen Besitz wären nur notwendig, wenn man den Nachteil des Eigentümers aus dem Nachteil des Besitzers herleitet[3]. Dies wurde jedoch oben abgelehnt[4].

C. Ergebnis des zweiten Kapitels

Die vorübergehende SE durch Wegnehmen aus Drittgewahrsam (bei rechtmäßigem oder rechtswidrigem Besitz) erscheint als Eigentumsdelikt nur strafwürdig, wenn vorsätzlich ein Nachteil für den Eigentümer herbeigeführt wurde. Abweichende Meinungen erwiesen sich als nicht haltbar.

3. Kapitel Gesamtergebnis des § 12

Entsprechend den obigen Erörterungen ist daher die vorsätzliche vorübergehende SE durch Wegnehmen aus Eigentümer- wie aus Drittgewahrsam als Eigentumsdelikt nur bei Zufügung eines Nachteils für den Eigentümer als strafwürdig zu betrachten.

---

1) s. o. S. 131 ff
2) s. o. S. 156 ff
3) so Maiwald beim rechtmäßigen Besitz; beim rechtswidrigen Besitz verneint er, wie hier geschehen, eine SE
4) s. o. S. 159

§ 13 Die vorübergehende SE durch Vorenthalten

A. Die prinzipielle Gleichwertigkeit von Wegnehmen und Vorenthalten

I. Die grundsätzliche Wertung

Die vorübergehende SE durch Wegnehmen war als strafwürdig erschienen, soweit vorsätzlich ein Nachteil zugefügt wurde[1]. Wie betont, spielt der Gewahrsamsbruch im Unrechtsgehalt nur eine untergeordnete, unwesentliche Rolle; das gleiche gilt von der beim Vorenthalten hinzukommenden Veruntreuung[2].
Ebenso wie bei der SE mit dem Vorsatz dauernder Entziehung hat daher bei der vorübergehenden SE das Vorenthalten prinzipiell den gleichen Unrechtsgehalt wie das Wegnehmen. Dies gilt grundsätzlich sowohl für die grundsätzlichen[3] wie für die an der bestehenden Strafrechtsordnung[4] ausgerichteten Wertungen. Insoweit und ansonsten ist nichts ersichtlich, was der prinzipiellen Gleichwertigkeit entgegenstünde.

II. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen

1. Bejahung der Strafwürdigkeit

Die Meinungen, welche das vorübergehende Wegnehmen als strafwürdig betrachteten[5], vertreten - mit Ausnahme Maiwalds und Peters - hinsichtlich des vorübergehenden Vorenthaltens die gleiche Ansicht. In den Begründungen - soweit vorhanden - wird jedoch nicht zwischen vorübergehendem Wegnehmen und Vorenthalten unterschieden. Es kann daher auf die Darstellungen beim Wegnehmen Bezug genommen werden[5].

2. Gegenmeinung

Die prinzipiellen Einwände gegen die vorübergehende SE wurden beim Wegnehmen erörtert und zurückge-

---

1) vgl. S. 162
2) vgl. S. 136
3) vgl. S. 140 ff
4) vgl. S. 146 f
5) s. o. S. 147 f

wiesen[1]. Zu untersuchen blieben die Einwände gegen das Vorenthalten als eine Tathandlung gerade der vorübergehenden SE.
Ausdrücklich äußern sich nur Maiwald und Peter. Für jene Stimmen, die mit Verneinung der Strafwürdigkeit der vorübergehenden SE überhaupt notwendigerweise auch das vorübergehende Vorenthalten ablehnen, soll stellvertretend auf den VE 09 eingegangen werden[1].

a) Der VE 09

Für die Ablehnung seiner - nur indirekten - Einwände kann auf oben[1] verwiesen werden. Lediglich beim Einwand 3 c wäre folgendes zu bemerken.

Einwand 3) Generelle Pönalisierung der dauernden - und daher erst recht der vorübergehenden[2] - Entziehung gegenüber dem "Eigentumsberechtigten" oder dem "zum Besitz Berechtigten"

c) würde nicht nur den "wirklichen Besitzer", sondern auch den, der einen Anspruch auf Überlassung der Sache hat, "zur Strafverfolgung ermächtigen".

Im vorliegenden Rahmen geht es nur um die SE als Eigentumsdelikt. Sie kann sich daher nur gegen den Eigentümer, der einen Überlassungsanspruch hat, richten. Daß für eine Strafwürdigkeit der SE kein Gewahrsamsbruch notwendig ist, sie sich also grundsätzlich auch gegen den Eigentümer, der einen Überlassungsanspruch hat, richten kann, wurde bereits dargelegt[3]. Daß vorübergehende SE grundsätzlich strafwürdig ist, wurde ebenfalls eingehend begründet[4]. Gegen die entsprechenden Darlegungen gaben die pauschalen Behauptungen des VE 09 jeweils[5] nichts her. Ebensowenig enthalten sie daher Argumente für die Frage, ob die SE beim Zusammentreffen

---

1) s. o. S. 120 ff
2) s. o. S. 138
3) vgl. S. 136
4) vgl. S. 142
5) vgl. S. 148 ff

der Tathandlung "Vorenthalten" mit dem erfolgsbeschreibenden Merkmal "vorübergehend" prinzipiell strafwürdig erscheint oder nicht.
Diese Frage ist, angesichts der grundsätzlichen Gleichheit von Wegnehmen und Vorenthalten im Unrechtsgehalt vielmehr wie geschehen[1] zu bejahen.

b) Maiwald und Peter

Gegen den E 62 argumentierend verneint Maiwald die Strafwürdigkeit des vorübergehenden Vorenthaltens grundsätzlich. Er sagt dazu lediglich: "... so erscheint in der Tat die Strafbarkeit weit überdehnt. Jede vertragswidrige Verzögerung der Rückgabe einer Sache wäre, wenn sie in Nachteilsabsicht erfolgt, als SE zu bestrafen. Der Schuldnerverzug des BGB wäre, soweit es um Rückgabeansprüche hinsichtlich einer Sache geht, unter der Voraussetzung der Nachteilsabsicht in die Zuständigkeit des Strafrichters gerückt. Eine solche Ausweitung der Strafbarkeit ist nicht diskutabel"[2].

Von den Darlegungen Maiwalds werden die noch spärlicheren Argumente Peters gegen das Vorenthalten schlechthin, also auch das vorübergehende, umfaßt. Peter meint, man würde so "den Tatbestand ins Uferlose ausweiten und schon einfache Vertragsbrüche bestrafen"[3]. Die Auseinandersetzung mit der Meinung Maiwalds stellt daher gleichzeitig ein Eingehen auf die Einwände Peters dar.

Derart pauschale Argumentationen können nicht als Begründung angenommen werden. Dagegen ist geltend zu machen, daß - generell und besonders im Rahmen der Eigentumsverletzung - privatrechtliche Sanktionen solche strafrechtlicher Art nicht nur nicht ausschließen, sondern vielfach mit ihnen parallel laufen. So lösen die Eigentumsverletzungen im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages nicht nur privatrechtliche sondern vielfach auch strafrechtliche

---

1) vgl. o. S. 136 .
2) S. 136
3) S. 117 f

Sanktionen (z. B. nach den §§ 242, 246, 266, 267, 303) aus. Eine privatrechtliche Regelung schließt daher das Eingreifen des Strafrechts nicht aus. Vielmehr kann die Schärfe einer privatrechtlichen Regelung die Notwendigkeit einer Strafnorm auch bestätigen. Überdies können Straftatbestände so gefaßt werden, daß bestimmte zivilrechtliche Bereiche, mit mangelnder Strafwürdigkeit unberührt bleiben. Auch ist nicht jedes vorübergehende Vorenthalten mit einem Schuldnerverzug im Sinne Maiwalds verbunden.

Maiwald spricht allein von "vertragswidrigen Verzögerungen der Rückgabe einer Sache". Er bezieht sich daher nur auf den reinen "schuldrechtlichen" Schuldnerverzug im Rahmen der §§ 284 ff, 325 des Allgemeinen Schuldrechts des BGB. Nicht meint er die Fälle des Verzuges in anderen Bereichen des Privatrechts (3. bis 5. Buch des BGB), auf welche die soeben genannten Regeln ebenfalls, "unter Beachtung der jeweiligen Sonderheiten"[1], anzuwenden sind. Man könnte hier vom "übertragenen" im Gegensatz zum "schuldrechtlichen" Schuldnerverzug sprechen.

Betrachtet Maiwald jedoch nur die Fälle des schuldrechtlichen Schuldnerverzuges als nicht strafwürdig, so ist nicht erklärlich, warum er die Strafwürdigkeit der übrigen Fälle des vorübergehenden Vorenthaltens verneint bzw. nicht auf sie eingeht; zumal aus den Fällen des Vorenthaltens die von Maiwald gemeinten Fälle tatbestandskonstruktiv eindeutig zu trennen sind, wie seine eigene Umschreibung ("vertragswidrige Verzögerung der Rückgabe") zeigt.

Aber selbst wenn man sicherheitshalber annimmt, daß Maiwald auch den "übertragenen" Schuldnerverzug meint, wogegen der eindeutige Wortlaut spricht, so könnte dieser Ansicht dennoch nicht grundsätzlich zugestimmt werden. Denn es wäre eine grundsätzliche

---

1) Palandt-Heinrichs Anm. 6 vor § 241; entsprechend Erman-Sirp Einl. § 241 Anm. 13

Darlegung dafür erforderlich, warum bereits die "eingeschränkte" Anwendbarkeit der Verzugsregeln außerhalb des Schuldrechts in nur ähnlichen Rechtsgebieten die Strafwürdigkeit des vorübergehenden Vorenthaltens ausschließen soll.
Wie man den Begriff "Schuldnerverzug" auch versteht, eine pauschale Verneinung der Bestrafung des vorübergehenden Vorenthaltens läßt sich daraus ohne näheres Eingehen auf die jeweilige besondere Konstellation nicht ableiten.

III. Ergebnis und Ausblick

Gegen die vertretene grundsätzliche Strafwürdigkeit des vorübergehenden Vorenthaltens sprachen weder die Argumente des VE 09 noch die Maiwalds.
Es ist jedoch zu fragen, ob und inwieweit die privatrechtlichen Regeln des Schuldnerverzuges einer Strafwürdigkeit des vorübergehenden Vorenthaltens im Speziellen entgegenstehen.

B. Das Vorenthalten durch den berechtigten Besitzer

I. Das Vorenthalten durch den vertraglich berechtigten Besitzer (Das veruntreuende Vorenthalten)[1)]

1. Die grundsätzliche Wertung

Die vorübergehende SE durch Wegnehmen hatte sich bei Zufügung eines Nachteils als strafwürdig erwiesen[2)]. Dieser Nachteil mußte dem Eigentümer zugefügt werden. Die Zufügung eines Nachteils setzt nicht voraus, daß sich die Sache vor der Tat im Gewahrsam des Eigentümers oder eines vom Täter verschiedenen Dritten befand. Ebenso wie E die in seinem Schrank liegende Sache z. B. für die übernächste Woche in seine Lebensgestaltung einplanen kann, ebenso kann E dies rechtlich und tatsächlich tun, solange die Sache noch beim Besitzer (z. B. beim Mieter) ist, welcher die Sache vertragsgemäß in der nächsten Woche zurückzugeben hat. Wird E die im Schrank liegende Sache unter Gewahrsamsbruch weg-

1) vgl. o. S. 16 f
2) s. o. S. 142 ff

genommen, und entsteht ihm vom Vorsatz des Täters umfaßter Nachteil, so liegt eine strafwürdige vorübergehende SE vor.
Wird E die Sache vom Vertragspartner M - unter sonst gleichen Bedingungen - nicht wieder zur Verfügung gestellt, so ist nicht ersichtlich, warum M hier besser stehen sollte, als der Täter im ersten Fall. Aus dem schuldrechtlichen Vertrag wie aus der freiwilligen Begebung können keine unrechtsmildernden Gesichtspunkte hergeleitet werden. Im Gegenteil wirkt sich der Vertrauensbruch unrechtserhöhend aus.
Insoweit muß das dem Eigentümer gegenüber begangene vorübergehende Vorenthalten entsprechend der Wertung beim vorübergehenden Wegnehmen im Falle vorsätzlicher Zufügung eines Nachteils als grundsätzlich strafwürdig angesehen werden.

2. Bedeutung privatrechtlicher Wertungen

a) Ausgangspunkt

Unter Hinweis auf den Schuldnerverzug des Privatrechts lehnte Maiwald die Strafwürdigkeit des vorübergehenden Vorenthaltens ab. Inwieweit die privatrechtliche Rechtslage die Strafwürdigkeit beeinflußt, soll daher im folgenden erörtert werden.

An der Schärfe oder Milde der privatrechtlichen Verzugsregeln läßt sich erkennen, welches Gewicht die Privatrechtsordnung - um deren strafrechtlichen Schutz es hier geht - dem Verhalten des Schuldners und demnach dem Schutz des Gläubigers beimißt.
Der Schuldner wird im Verzug (§§ 284 ff, 325 BGB) durch § 287 BGB der gleichen scharfen Haftung für Zufall unterworfen, wie derjenige, der eine unerlaubte Handlung beging (§ 848 BGB). Dies spricht nur für, nicht gegen das Gewicht, das die Privatrechtsordnung dem Schutz des Gläubigers gegenüber jedem Vorenthalten einräumt. Somit ist nicht ersichtlich, inwiefern die privatrechtliche Regelung des Verzugs ein Indiz gegen die Strafwürdigkeit des vorübergehenden Vorenthaltens darstellen könnte. Ihre Schärfe spricht für das Gegenteil.

Da es vorliegend um den Schutz des Eigentümers geht, könnten beim Schuldnerverzug noch andere Privatrechtsnormen eingreifen. Zu denken wäre möglicherweise an die §§ 987 ff und die 823 ff BGB. Darauf, ob überhaupt und wenn, dann wann sie eingreifen, kommt es jedoch vorliegend nicht an. Denn auch diese Vorschriften sehen für das rechtswidrige vorsätzliche Vorenthalten keine mildere Regelung vor als § 287 BGB. So erklärt § 990 Abs. 2 BGB ausdrücklich die Verzugshaftung und damit § 287 BGB für anwendbar. Im Deliktsrecht ist mit § 848 BGB eine dem § 287 BGB entsprechende Regelung getroffen. Insoweit ergibt sich daher aus den privatrechtlichen Regelungen nichts, was gegen die Strafwürdigkeit des vorübergehenden Vorenthaltens spricht.

b) Die schuldrechtliche Verzugsregelung und der Beginn des vorübergehenden Vorenthaltens

Die schuldrechtliche Verzugsregelung bringt allerdings eine bestimmte Wertung bezüglich des Beginns des zivilrechtlich zu mißbilligenden Verhaltens und damit auch indirekt der Strafwürdigkeit des Vorenthaltens zum Ausdruck. Diese Wertung weicht von jener, die oben[1] - im Vergleich zum Wegnehmen - als grundsätzlich übernommen worden war, ab. Die Abweichung kommt etwa im folgenden Beispielsfall zum Ausdruck. M hat von E eine Maschine für ein bestimmtes Vorhaben ohne genauen Rückgabetermin gemietet. Er sollte die Sache am Tag nach der Durchführung des Vorhabens zurückgeben. Dieser Tag stand bei der Übergabe noch nicht fest. Nach Beendigung des Vorhabens gibt M die Maschine vorübergehend nicht zurück, obwohl er einen Nachteil bei E für möglich hält. Er findet sich vielmehr mit dieser Möglichkeit ab. Dieses Verhalten ist vertragswidrig, denn die Leistung war fällig. Außerdem wurde M zum rechtswidrigen Besitzer, da sein Besitzrecht mit Vertragsablauf endete. Der obigen grundsätzlichen Wertung nach würde sein Verhalten bei Nachteil für E

1) s. o. S. 167

eine strafwürdige vorübergehende SE darstellen. Zwar kann E mit Erfolg auf Herausgabe der Maschine klagen. Zivilrechtliche Sanktionen - im Sinne der Haftung für Verzugsfolgen - vermag das Verhalten des M jedoch nicht auszulösen. Denn da kein Fall des § 284 Abs. 2 BGB vorliegt, bedarf es für die Inverzugsetzung noch einer Mahnung nach § 284 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. auch Satz 2). Erst wenn der Schuldner trotz dieser Mahnung nicht im Rahmen einer etwa zuzubilligenden Frist[1)] leistet, hat er gegen die Verzugsregelung verstoßen, so daß diese mit ihren Haftungsfolgen eingreift.
Dieser Regelung liegt die Wertung zugrunde, daß der Schuldner im Rahmen des schuldrechtlichen Leistungsaustausches erst dann die Folgen einer zeitlich nicht korrekten Leistung zu tragen hat, wenn ein Leistungstermin präzise feststeht (vgl. auch die Wertung des § 284 Abs. 2 BGB), d. h. im vorliegenden Fall, wenn der Leistungstermin ihm vom Gläubiger bestimmt wurde. Leistet der Schuldner trotz ernsthafter und unmißverständlicher Er-Mahnung nicht, so verdient er nunmehr haftungsmäßig keinerlei Rücksicht (vgl. auch § 287 Satz 2 BGB).
Das bloße Nichtleisten trotz Fälligkeit wird daher als nicht sonderlich gewichtig gewertet. Diese nicht offenbar ungerechtfertigte Wertung des Privatrechts hat eine strafrechtliche Regelung zu beachten.

3. Ergebnis

Das vorübergehende Vorenthalten kann daher nur strafwürdig erscheinen, wenn es "in Verzugshaftung" erfolgt. Wer daher "in Verzugshaftung" vorenthält, seinen Entziehungswillen eindeutig manifestiert hat und dem Eigentümer Nachteil zufügt, fällt unter die SE-norm.
Es soll noch betont werden, daß es sich bei dieser SE-form nicht etwa um ein Unterlassungsdelikt handelt. Zwar liegt dieser Gedanke im Zusammenhang mit der Umschreibung "in Verzugshaftung" nahe. Außerdem

---

1) vgl. etwa Erman-Battes § 284 Anm. 4 c m. w. N.

weist das "Vorenthalten in Verzugshaftung" tatsächlich Unterlassungsmomente auf.
Jedoch kann von "Vorenthalten" schlechthin, wie auch von "Vorenthaltung in Verzugshaftung" - wie betont - nur die Rede sein, wenn der Entziehungswillen durch positives Tun eindeutig manifestiert wurde. Jedwede Form des Vorenthaltens stellt daher notwendigerweise ein Begehungsdelikt dar.

II. Das Vorenthalten durch den - nicht vertraglich - berechtigten Besitzer (das einfache Vorenthalten)

1. Die Wertung

Diese Konstellation der SE liegt vor, wenn der Täter T zwar rechtmäßiger Besitzer der Sache ist, es jedoch an einem Vertrauensverhältnis bezüglich der Sachüberlassung zwischen ihm und dem Eigentümer E fehlt. Hat z. B. der Finder anfangs den Willen, sich rechtmäßig ("ehrlich") zu verhalten, so ist er auch rechtmäßiger Besitzer. Seinen Finderpflichten gemäß muß er unverzüglich (§ 965 BGB) die Rückführung der Sache in die Wege leiten. Tut er es nicht, indem er die Sache bei sich beläßt, so wird er zum rechtswidrigen Besitzer, und es ist nicht einzusehen, warum er bei manifestiertem Entziehungswillen und bei Nachteil gegenüber dem Eigentümer besser stehen sollte als der Wegnehmende.[1] Insoweit erweist sich das hier erörterte einfache vorübergehende Vorenthalten als strafwürdig.

2. Bedeutung privatrechtlicher Wertungen

Vorliegend könnte der "übertragene" Schuldnerverzug von Bedeutung sein[2]. Jedoch ist auch hier nicht zu erkennen, wie die Geltung der Verzugsregeln dem zum rechtswidrigen Besitzer Gewordenen (hier: Finder) unrechtsmildernd zugute kommen könnte. Für den Beginn des Vorenthaltens bleibt der Zeitpunkt maßgebend, in welchem die Verzugshaftung eintritt ("in Verzugshaftung").

---

1) s. o. S. 142 ff

2) vgl. [illegible]

3. Ergebnis

Beim einfachen vorübergehenden Vorenthalten durch den rechtmäßigen Besitzer stehen die privatrechtlichen Wertungen der Strafwürdigkeit ebensowenig grundsätzlich entgegen wie beim veruntreuenden vorübergehenden Vorenthalten. Auch hier muß jedoch der Wertung der - übertragenen - Verzugsregeln Rechnung getragen werden. Das Vorenthalten erscheint daher strafwürdig, wenn es "in Verzugshaftung" erfolgt.

C. Differenzierende Wertungen in der Literatur und den Entwürfen

In der Literatur differenziert lediglich Otto innerhalb des vorübergehenden Vorenthaltens. Er unterscheidet - wie bei den SE-handlungen grundsätzlich - zwischen den unter Besitzanmaßung erfolgenden und den übrigen SEen[1]. Ob der Täter sich durch die Tat Besitz angemaßt hat, ist jedoch auch beim vorübergehenden Vorenthalten unmaßgeblich[1].

D. Gesamtergebnis des § 13

Das vorsätzliche vorübergehende Vorenthalten dem Eigentümer gegenüber erscheint daher strafwürdig, soweit es "in Verzugshaftung" erfolgt und mit Nachteil für den Eigentümer verbunden ist.

---

1) s. o. S. 125, 139, 153

§ 14 Der Versuch der SE

A. Allgemeine Wertung

Nunmehr stellt sich die Frage, ob die vier für strafwürdig befundenen SE-formen[1] die dafür notwendige Gewichtigkeit nur in ihrer Vollendung oder auch im Versuchsstadium aufweisen.
Sobald der Täter zur Verwirklichung des Tatbestandes einer strafwürdigen Verhaltensweise ansetzt, läßt er seine volle kriminelle Energie erkennen. Ob der Erfolg eintritt oder nicht, hängt, soweit nicht der Täter selbst zurücktritt, vielfach von Zufälligkeiten (vom Täter aus gesehen) ab[2]. Seine objektiv zutage getretene kriminelle Energie kann dadurch nicht milder erscheinen. In einem Schuldstrafrecht[3] ist sein Verhalten daher grundsätzlich bei beendetem oder unbeendetem[4] Versuch gleichermaßen strafwürdig wie bei Vollendung. Dem trägt auch § 23 Abs. 1 StGB Rechnung, der für Versuch und Vollendung die gleiche Strafe vorsieht[5] und eine mildere Bestrafung dem richterlichen Ermessen überläßt. Auf diese Weise kann das Maß der jedenfalls bestehenden, im Einzelfall jedoch verschieden intensiven Strafwürdigkeit, insbesondere beim unbeendeten Versuch, gebührend Würdigung finden.
Daher erscheint folgerichtig auch der Versuch der SE in den vier Formen als strafwürdig.

B. Wertung des StGB

Als im Unrechtsgehalt den vier SE-Formen vergleichbar waren innerhalb des StGB nur Beschädigung und Zerstörung aus § 303 erschienen[6]. Deren Versuch

---

1) s. o. S. 105 ff
2) vgl. etwa Schönke-Schröder § 44 Anm. 1
3) etwa Schönke-Schröder Vorbem. § 13 Anm. 5
4) Dabei wird die Problematik der generellen Pönalisierung des unbeendeten Versuchs nicht verkannt. Dementsprechende generelle Untersuchungen wären jedoch im Rahmen der SE-problematik fehl am Platz.
5) zur Begründung etwa Schönke-Schröder aaO;
6) vgl. etwa o. S. 109 f

ist in § 303 Abs. 2 pönalisiert. Die Wertung des StGB entspricht daher der soeben getroffenen.

C. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen

Soweit sie die SE grundsätzlich bejaht, bestraft die überwiegende Mehrheit der Literatur den Versuch nicht. So z. B. alle oben[1] angeführten Entwürfe mit Ausnahme Schmollers[2] [3]. Bei dieser Aussage ist jedoch Vorsicht geboten, da man sich vielfach nur mit dem Kern des Tatbestandes beschäftigt und sich dem Versuch überhaupt nicht zuwendet.
Maiwald will immerhin bei der vorübergehenden SE das "Drohen eines erheblichen Nachteils"[4] genügen lassen.

Schmoller sah die Parallelität der Rechtsgutsverletzungen von Sachbeschädigung und SE in ihren faktischen Auswirkungen für den Eigentümer. Deshalb faßte er die SE, die er als "radikalste Form der Unbrauchbarmachung"[2] bezeichnete, gemeinsam mit der Sachbeschädigung in einen Tatbestand. Unter Bejahung der Strafwürdigkeit des Versuchs der Sachbeschädigung trat er folgerichtig auch für die Strafwürdigkeit des Versuchs der SE ein. Der E 62 verneint die Strafwürdigkeit des Versuchs der Sachbeschädigung "in Übereinstimmung mit früheren Entwürfen"[5] und tut dies unter Berufung auf die Sachbeschädigung auch bei der SE[6]. Der E 62 meint, eine Bestrafung des Versuchs der Sachbeschädigung würde angesichts der Straflosigkeit des Versuchs der Körperverletzung "dem Wertverhältnis der geschützten Rechtsgüter widersprechen"[5].

Diese Argumentation ist jedoch inkonsequent. Denn der E 62 erkennt die Strafwürdigkeit der versuchten Körperverletzung ausdrücklich dann an, wenn sie kriminellen Gehalt aufweist. Solche Fälle will er vom Beleidigungstatbestand erfaßt wissen[7]. Im Ansetzen zur Verletzung des Körpers dürfte jedoch - jedenfalls vom Standpunkt des E 62 aus - regelmäßig

1) s. o. S. 87 ff
2) S. 181
3) Bestrafung des Versuchs auch z. B. in: Schweiz StGB §§ 143, 9, 21; Österreich StGB §§ 135, 15
4) S. 139 f
5) Begr. S. 420
6) Begr. S. 422
7) Begr. § 246 S. 282

die Kundgabe der Mißachtung gegenüber dem Opfer zu erblicken sein. Insoweit käme der Körperverletzung grundsätzlich "krimineller Gehalt" im Sinne des E 62 zu.

Ob dieses Vorgehen, den grundsätzlich strafwürdigen Versuch der Körperverletzung über einen Tatbestand mit einer speziellen anderen Schutzeinrichtung zu erfassen, zu billigen ist, bleibt fraglich. Es hätte ebenso nahe gelegen, angesichts der im geltenden StGB bejahten Strafwürdigkeit der versuchten Sachbeschädigung a minore ad majorem auf eine - letztlich indirekt auch weitgehend bejahte - Strafwürdigkeit der versuchten Körperverletzung zu schließen[1]. Dies wäre der klarere Weg gewesen. Im Rahmen der SE erscheint es daher ratsamer, die klare Entscheidung für einen Versuchstatbestand zu treffen, anstatt diese Fälle etwa der im Vergleich zur SE wesentlich weiterreichenden Beleidigung als Auffangtatbestand anzulasten. Sonstige gegen die hier getroffene Wertung sprechende Gründe werden soweit ersichtlich nicht vorgetragen. Die Wertungen der Literatur enthalten daher nichts Durchschlagendes gegen die Strafwürdigkeit des Versuchs der SE.

D. Gesamtergebnis des § 14

Der Versuch der vier SE-formen ist entsprechend den vorstehenden Erörterungen als strafwürdig anzusehen.

---

1) einen ersten Schritt in diese Richtung stellt der neugeschaffene Abs. 2 des § 223 a dar.

§ 15 Die fahrlässige SE

A. Die grundsätzliche Wertung[1)]

Eine fahrlässige Rechtsgutsverletzung kann für den Eigentümer mit den gleichen Nachteilen verbunden sein wie eine vorsätzliche. Daraus ergibt sich jedoch nicht, daß sie auch gleich strafwürdig ist.

Eine vorsätzliche Rechtsgutsverletzung bringt die Mißachtung des Täters gegenüber der fremden Rechtsposition zum Ausdruck[2)]. Wissen und Wollen sind auf die Rechtsgutsverletzung bezogen. Unter diesen Voraussetzungen erscheint auch die "nur" mit dolus eventualis begangene SE strafwürdig.[3)] Der fahrlässige Täter handelt jedoch nicht in Mißachtung des fremden Rechtsguts. Sein Wissen und Wollen beziehen sich nicht auf eine Rechtsgutsverletzung. Im Vergleich zur vorsätzlichen Tat weist daher die fahrlässige Tat geringeren Unrechts- und Schuldgehalt auf. Sie ist deshalb auch minder oder gar nicht strafwürdig.

Dies gilt auch für das Verhältnis zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger SE. Es fragt sich daher, ob der Unrechts- und Schuldgehalt der fahrlässigen SE noch strafwürdig erscheint.

Durch die fahrlässige SE wird zwar das Eigentum verletzt. Dieses Rechtsgut erscheint jedoch nicht derart wertvoll und daher so überragend schutzwürdig, wie etwa Leben oder Gesundheit, als daß sich aus der Schutzwürdigkeit Zwingendes für die Strafwürdigkeit der lediglich fahrlässigen Eigentumsverletzung ergäbe.

Sonstige Gründe für die Strafwürdigkeit der lediglich fahrlässigen SE sind nicht ersichtlich.
Die fahrlässige SE erscheint daher nicht strafwürdig.

---

1) vgl. das Beispiel o. S. 23
2) s. auch o. S. 117
3) s. o. S. 116 ff

B. Die Wertung im StGB, der Literatur und den Entwürfen

Der obigen Beurteilung entspricht auch die Wertung im StGB, der Literatur und den Entwürfen. Weder bestraft § 303 die fahrlässige Sachbeschädigung, noch wird die Pönalisierung der fahrlässigen Sachbeschädigung bzw. SE in der Literatur oder den Entwürfen gefordert.

C. Gesamtergebnis des § 15

Die fahrlässige SE ist somit nicht als strafwürdig anzusehen.

§ 16 Gesamtergebnis des 5. Teils

Das Ergebnis wird durch die folgende Tatbestandsfassung zum Ausdruck gebracht:

(1) Wer das Eigentumsrecht verletzt, indem er
1. eine fremde bewegliche Sache mit dem Vorsatz dauernder Entziehung wegnimmt oder vorenthält wird ... (bestraft).
2. unter Nachteil für den Eigentümer eine fremde bewegliche Sache wegnimmt oder in Verzugshaftung vorenthält, wird mit ... (bestraft)

(2) Der Versuch ist strafbar.

Das Wort "vorübergehend" im Tatbestand (Nr. 2) zu gebrauchen (etwa: "... vorübergehend wegnimmt ...") empfiehlt sich allerdings nicht.

Zunächst zeigt der Vergleich der Nr. 1 und 2 ohnehin, daß auf die SE mit dem Vorsatz dauernder Entziehung allein Nr. 1 anzuwenden ist. Außerdem werden durch den Verzicht auf das Merkmal "vorübergehend" zum Teil unnötige Schwierigkeiten bei der Subsumtion vermieden. Hierzu folgender Fall:

Der Täter T läßt das Boot vom Grundstück des Eigentümers E den Fluß hinabtreiben, um es weiter unten abzufangen und unter Nachteil für E vorübergehend zu gebrauchen. Das Abfangen mißlingt wider Erwarten, das Boot treibt auf Nimmerwiedersehen davon und ist dem E dauernd entzogen.
Zwar bezog sich der Vorsatz des T nur auf vorübergehende SE. Jedoch liegt objektiv dauernde SE vor. Ein Tatbestand der lauten würde "Wer vorübergehend wegnimmt ..." fordert objektiv hingegen eine vorübergehende SE. Indem nun im hier vorgeschlagenen Tatbestand nicht vorübergehend SE, sondern SE schlechthin gefordert wird, ist Nr. 2 anwendbar, ohne daß es bei der Subsumtion eines Eingehens auf die Diskrepanz zwischen dem objektiv Verwirklichten und dem subjektiv Gewollten bedarf.

Teil Die SE von Mobilien als Schutzdelikt sonstiger privater Rechtspositionen

§ 17 Die Delikte gegen sonstige[1] private Rechte oder Interessen

A. Die Schutzwürdigkeit der Rechte oder Interessen im allgemeinen

Zuvor wurde, bezogen auf die SE, die Strafwürdigkeit der gegen den Eigentümer einer Sache gerichteten Delikte untersucht. Im folgenden soll entsprechend dem anfangs[1] abgesteckten Rahmen die Strafwürdigkeit der SEen erörtert werden, welche sich unabhängig vom Eigentümerschutz gegen denjenigen richten, dem sonstige private Rechte oder Interessen bezüglich einer Sache zustehen.

Angesichts der Schärfe des Strafrechts, sowie um der Eindeutigkeit des strafrechtlichen Tatbestandes willen erscheinen von den privaten Rechtspositionen nur solche als schutzwürdig, welche die Sache relativ stark und daher auch deutlich erkennbar an den Inhaber binden[2].
Diese Erfordernisse erfüllen nur die Privatrechte, welche mit einem Recht zum Besitz einhergehen[3]. Demgegenüber wollen z. B. die Entwürfe KE 13 bis E 62 sowie Löwenstein und Peter auch sonstige Interessen als Schutzgut anerkennen. Sie konzipieren eine SE, welche nicht nur dem bezüglich einer Sache Berechtigten, sondern jedem Beliebigen, dem in unmittelbarer oder mittelbarer Verbindung mit der SE Nachteil entstehen könnte, strafrechtlichen Schutz gewährleistet. So läge eine strafbare SE bereits dann vor, wenn der Täter T die Sache dem Eigentümer E, welcher diese dem X per Handgeschäft leihen wollte, kurz zuvor mit der Folge entzieht, daß X nicht die Vorteile aus der Sache ziehen kann. Hier wäre die Chance des X auf Abschluß des Vertrages das geschützte Rechtsgut der SE.

---

1) s. o. S. 7 ff
2) vgl. dazu Cramer S. 82 f
3) Der rechtswidrige Besitz ist daher nicht geschützt

Alle möglichen Interessen, welche jemand mit einer Sache verbindet, die sich jedoch nicht in rechtlichen Verhältnissen zur Sache konkretisiert haben, erscheinen nicht gewichtig genug, um grundsätzlichen strafrechtlichen Schutz beanspruchen zu können. (Daran vermögen angesichts der Schärfe des Strafrechts auch Ausnahmefälle nichts zu ändern; z. B.: A hat E 20 Jahre lang gepflegt und soll laut Testament das Vermögen des E erhalten. Entzieht T dem E wertvollste Sachen, so kann A bei Lebzeiten des E nicht als Verletzter mit etwaigem Recht auf Strafantrag gelten.)
Diese Konzeption ist daher als zu weitgehend abzulehnen. Schutzwürdig erscheinen allein - die von den Entwürfen ebenfalls erfaßten - sonstigen mit Besitzrecht verbundenen Privatrechte[1].
Sonstige Privatrechte, welche ein Recht zum Besitz vermitteln, können dinglicher oder obligatorischer Natur sein (z. B. Nießbrauch, Pfandrecht bzw. Miete, Pacht). Jedes dieser Rechte stellt nur einen Ausfluß des Eigentums dar und verkörpert nur einen kleinen Teilbereich davon. Diese Rechte reichen somit grundsätzlich, was ihre Gewichtigkeit anbelangt, auch nicht annähernd an das Eigentumsrecht heran. Daher muß, selbst wenn es Ausnahmefälle geben mag, die Verletzung dieser Rechte grundsätzlich als ungleich weniger gewichtig als die Verletzung des Eigentumsrechts betrachtet werden. Somit erscheint eine Strafwürdigkeit der Verletzung dieser Rechte nur unter wesentlich schärferen Unrechtsmerkmalen erwägenswert als die entsprechenden Verletzungen des Eigentumsrechts. Andererseits ist nicht zu übersehen, daß die Verwirklichung des menschlichen Lebens auch von Sachen abhängen kann, welche dem Betroffenen nicht eigentümlich, sondern

---

1) so erscheinen z. B. die Rechtsgüter "Vermögen" oder "Gewahrsam" als solche vor SE nicht strafrechtlich schutzwürdig

nur auf Grund sonstiger Privatrechte zustehen. Auch wenn z. B. derjenige, welchem die Autoschlüssel entzogen wurden, den Wagen nur geliehen hat, kann der Entzug der Schlüssel von großer Bedeutung für ihn sein und ihm schwerwiegende Nachteile bringen. Diese Wertung wird z. B. dadurch untermauert, daß Rspr. und Schrifttum bei § 303 durchweg[1] sowohl den Eigentümer als auch den dinglich oder obligatorisch Berechtigten als unmittelbar Verletzten und damit als Antragsberechtigten ansehen. Zwar ist damit der Boden des Eigentumsdeliktes Sachbeschädigung verlassen[2], jedoch zeigt sich hier, daß auch Verletzungen obligatorischer oder dinglicher Rechte als strafwürdig betrachtet werden. Ein weiteres Beispiel ist § 289, wo das StGB im Rahmen der Zuordnungsdelikte dem Bedürfnis nach strafrechtlichem Schutz von Sicherungs- und Nutzungsrechten nachkommt.

B. Die Schutzwürdigkeit der einzelnen Privatrechte

Was die Strafwürdigkeit der Verletzung der einzelnen dinglichen oder obligatorischen mit Besitzrecht verbundenen Berechtigungen anbelangt, so müßte jede Unterscheidung zwischen ihnen als willkürlich erscheinen. Denn z. B. ein Mietrecht kann einerseits gewichtiger als jedes dingliche Recht (etwa Pfandrecht oder Nießbrauch) und andererseits gewichtiger als andere obligatorische Rechte (etwa Pacht) sein.

C. Die Entbehrlichkeit der Merkmale "dauernd" und "vorübergehend"

Das Eigentumsrecht ist als die umfassendste Rechtsposition bezüglich einer Sache in seinem Bestand vom Zeitablauf unabhängig; es kann sozusagen "für immer" (dauernd) bestehen. Bei Verletzungen des Eigentumsrechts setzen sich daher dauernde Eingriffe und vor-

---

1) vgl. auch Säftel S. 125; (z. B. Welzel § 51 I 5 m. w. N.; Dreher § 303 Anm. 5 m. w. N.)

2) in diesem Sinne Schönke-Schröder § 303 Anm. 17

übergehende hinsichtlich der Quantität des Unrechts deutlich ab.
Alle anderen Rechte bezüglich einer Sache sind - von Einzelfällen abgesehen - in ihrem Bestand nur vorübergehend angelegt. Daher ist eine Unterscheidung bei den Delikten gegenüber dem ohnehin grundsätzlich nur vorübergehend Berechtigten nach den zeitlichen Merkmalen dauernd und vorübergehend sachlich nicht geboten; sie müßte im Gegensatz zur Unterscheidung beim Eigentumsdelikt als perfektionistisch erscheinen. Außerdem hätten dann die Merkmale dauernd und vorübergehend beim Eigentumsdelikt eine andere Bedeutung als beim Delikt gegen die Berechtigung. Der Verzicht auf die Unterscheidung hebt außerdem die unterschiedliche Gewichtigkeit zwischen Eigentum und Berechtigung hervor. Divergierendes Unrecht kann über den Strafrahmen angemessene Bewertung finden.

§ 18 Die SE gegenüber dem Berechtigten durch Wegnehmen

Das von der vorliegenden SE umfaßte deliktische Verhalten unterscheidet sich tatbestandskonstruktiv nicht von dem, der gegen das Eigentum gerichteten SEen. Der einzige Unterschied besteht in der Verschiedenartigkeit der Rechtsgüter. Dabei sind diese Rechtsgüter strukturell jedoch nicht grundsätzlich verschieden, sondern stellen nur Ausformungen der Rechte eines Menschen im Zusammenhang mit einer Sache dar. Im Hinblick darauf können die beim Eigentumsdelikt der SE bereits entwickelten tatbestandskonstruktiven Merkmale für die gegen den Berechtigten gerichtete SE entsprechend übernommen werden.
Parallellaufende Erörterungen erübrigen sich daher insoweit.

1. Kapitel Das Wegnehmen aus Berechtigtengewahrsam

A. Allgemeine Wertung

Wie bereits betont[1], besteht prinzipieller, wesentlicher Wertunterschied zwischen dem Rechtsgut Eigentum und dem einer dinglichen oder obligatorischen, ein Besitzrecht vermittelnden Berechtigung. Daraus folgte, daß an ein Berechtigungen schützendes Delikt wesentlich schärfere Anforderungen bezüglich des Unrechtsgehaltes gestellt werden müssen, um es mit Strafe belegen zu können.
Die Verletzung einer Besitzrecht vermittelnden Berechtigung durch SE in Form des Wegnehmens der Sache erscheint daher bei Verursachung eines Nachteils[2] noch nicht strafwürdig. Dafür mangelt es der Berechtigung grundsätzlich an Gewichtigkeit. Dieser Mangel ist jedoch dann ausgeglichen, wenn durch die SE "schwerer" Nachteil entsteht. Das Merkmal "erheblich" erscheint daher nicht "schwerwiegend" genug. Denn als "erheblich" muß ein Nachteil schon dann bezeichnet werden, wenn er "nicht unerheblich" ist. Insofern wäre der unterschiedlichen Gewichtigkeit der Verhaltensweisen nicht genügend Rechnung getragen.
Hierzu etwa folgender Fall: A hat von E ein Kfz gemietet. Dem A werden von T die Schlüssel des von ihm gemieteten Kfz weggenommen. Deshalb versäumt A unumgänglicherweise einen Bewerbungstermin für eine wichtige Anstellung. Der inzwischen angestellte und die etwaigen anderen Bewerber hatten unzweifelhaft keine derart guten Voraussetzungen auszuweisen wie A; d. h. A hätte bei Anwesenheit die Stellung mit Sicherheit erhalten. Vergleichbare Stellungen stehen im Rahmen der gegebenen Verhältnisse nicht zur Verfügung. Der Nachteil für A kann daher mindestens mit "schwer" bezeichnet werden. Ein Strafrecht, welches T, wenn A Eigen-

1) s. o. S. 179 ff
2) s. o. S. 140 ff (142)

tümer des Wagens ist, bei einfachem Nachteil bestraft, wenn A jedoch Mieter des Wagens ist, selbst bei schwerem Nachteil straflos läßt[1] - erschiene nicht nur ungerecht, sondern auch willkürlich.

Das Erfordernis des "schweren" Nachteils trug u. a. der Tatsache Rechnung, daß dem Eigentum größere Achtung zukommt als dem auf Privatrechten beruhenden Besitzrecht. Außer diesem - inzwischen ausgeglichenen - Unterschied ist nichts ersichtlich, was eine wesentlich abweichende Wertung der Fälle rechtfertigt. Bedenkt man, daß ein "schwerer Nachteil" erforderlich ist, so erscheint bereits das Verhalten desjenigen Täters strafwürdig, der einen den Berechtigten treffenden schweren Nachteil für möglich hält, sich jedoch damit abfindet. Denn Mittel, die geeignet sind, eine derartige Haltung wirksam zu beeinflussen, bietet nur das Strafrecht[2]. Hält man den zum Besitz Berechtigten in seiner Rechtsposition als solcher, d. h. unabhängig von der Rechtsposition des Eigentümers, bei vorsätzlicher Zufügung schweren Nachteils durch SE in Form des Wegnehmens für schutzwürdig, so spielt es für die Strafwürdigkeit der Tat keine Rolle, ob ein Dritter oder der Eigentümer die Tat begeht. Hat das Wegnehmen daher "schweren Nachteil" für den Berechtigten zur Folge, so erscheint als Täter auch der Eigentümer strafwürdig[3]. Dies gilt für den Versuch gleichermaßen.

B. Wertung des StGB

Für einen Vergleich mit der SE innerhalb des StGB kommt wie bisher[4] nur die Sachbeschädigung in Frage.

---

1) Liegen keine besonderen Umstände vor, so besteht kein konkreter Nachteil für E, so daß insofern keine Straftat verwirklicht wurde; vgl. S. 168
2) s. o. S. 145
3) vgl. auch die Parallelwertung bei den Zuordnungsdelikten z. B. § 289 StGB
4) vgl. etwa S. 109 f

Wie bereits dargestellt, geben die Rspr. und die weitaus h. L. dem bezüglich der beschädigten oder zerstörten Sache dinglich oder obligatorisch Berechtigten neben dem Eigentümer ein Antragsrecht. Dies ist abzulehnen, da damit der Rahmen des Eigentumsdeliktes bzw. -schutzes gesprengt wird. Immerhin spricht die Meinung der Rspr. und der h. L. für die hier vertretene Lösung. Denn sie sieht den Berechtigten - auch bei dolus eventualis des Täters - als strafrechtlich relevant betroffen an, indem sie ihm ein Antragsrecht zugesteht. Diese Wertung stützt nicht nur die hier vertretene, sondern geht über diese weit hinaus, indem sie jede Rechtsgutsverletzung und nicht erst eine mit "schwerem" Nachteil verbundene ausreichen läßt. Auf dem Erfordernis des "schweren" Nachteils muß jedoch aus den angeführten Gründen[1] bestanden werden.

C. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen

I. Die grundsätzliche Wertung des Wegnehmens aus Berechtigtengewahrsam

1. Bejahung der Strafwürdigkeit

Soweit ein Dritter - mit Ausnahme des Eigentümers - die Tat begeht, bejahen die Strafwürdigkeit der SE durch Wegnehmen gegenüber dem Berechtigten aus dessen Gewahrsam grundsätzlich: Vom KE 13 angefangen alle Entwürfe bis zum E 62 einschließlich. Außerdem Peter[2] und Otto[2] [3]. Die entsprechende SE durch den Eigentümer sieht nur Otto als strafwürdig an. Eingehende Begründungen fehlen.

---

1) s. o. S. 183 f
2) vgl. zu den Vorgenannten S. 90 ff
3) Maiwald (S. 317) nennt zwar in seinem Vorschlag neben dem Eigentümer auch den berechtigten Besitzer (s. o. S. 92). Er versteht jedoch die SE als Eigentumsdelikt und den Nachteil des berechtigten Besitzers nur als solchen des Eigentümers (vgl. auch o. S. 159 ff). Auf den berechtigten Besitzer will Maiwald den Schutzzweck der Norm nicht erstreckt wissen. Der Wortlaut seines Vorschlags ist daher mißverständlich.

2. Gegenmeinung

Eine SE-norm zum Schutz des Berechtigten lehnen ab: Der VE 09, Mittermaier, der GE 11 sowie Schmoller, Maiwald und Gallas[1].
Nur der VE 09 und Maiwald begründen ihren Standpunkt.

a) Maiwald

Maiwald meint dazu lediglich: Bezöge man Dritte bzw. den Berechtigten in den Schutzzweck der Norm ein, "so verlöre die Sachentziehung als Eigentumsdelikt ihre Konturen"[2]. Einem solchen Verlust kann jedoch durch zwei klar getrennte Tatbestände vorgebeugt werden.

b) Der VE 09

Die Einwände Nr. 1 und Nr. 2 betreffen die SE im Grundsätzlichen. Daher kann auf die ablehnende Abhandlung im Rahmen der Eigentumsdelikte verwiesen werden[3].

Einwand 3: Die generelle Pönalisierung der dauernden - und daher erst recht der vorübergehenden[4] - Entziehung gegenüber dem "Eigentumsberechtigten" oder dem "zum Besitz Berechtigten"

a) würde sachlich zu weit gehen.

Die Tatbestandsmerkmale "Wegnehmen" und "schwerer Nachteil" schränken die Reichweite der vorliegenden Fassung denkbar stark ein. Eine entsprechende SE-norm erscheint daher nicht als sachlich zu weit-

---

1) vgl. 90 ff
2) S. 137 vgl. auch o. S. 185 Anm. 3
3) s. o. S. 120
4) vgl. o. S. 148, 149 Anm. 2

gehend. Auf die grundsätzliche Unzulänglichkeit des Einwandes Nr. 3 b wurde bereits hingewiesen[1]. Daß der zivilrechtliche Schutz unzureichend erscheint, wurde oben dargelegt[2]. Einwand Nr. 3 c betrifft nur das Wegnehmen aus Drittgewahrsam sowie vor allem das Vorenthalten. Was die Ablehnung der Einwände Nr. 4 - 5 anbelangt, so können die obigen Begründungen[3] entsprechend herangezogen werden.
Die Einwände des VE 09 vermögen daher die bisherigen Ergebnisse nicht zu verändern.

3. Ergebnis

Keine der die Strafwürdigkeit der SE durch Wegnehmen gegenüber dem Berechtigten grundsätzlich ablehnenden Meinungen vermochte zu überzeugen. Soweit eine Begehung durch den Eigentümer abgelehnt wird, fehlt es an Begründungen. Zu untersuchen blieben Ansichten bezüglich der Ausgestaltung des Tatbestandes im einzelnen.

II. Die Wertungen bei der Ausgestaltung des Tatbestandes[4]

1. Der Nachteil

Wie die hier vertretene Lösung wollen Peter und Otto die notwendige Einschränkung des Tatbestandes bereits im Objektiven vornehmen. Dabei lassen sie das Merkmal der "Erheblichkeit" für den Nachteil (Peter) bzw. Vermögensschaden (Otto) genügen. Zwischen dem Schutz des Eigentums und dem sonstiger Berechtigungen differenzieren sie nicht. Dementsprechend fehlen Begründungen. Bei derartiger Differenzierung hatte sich jedoch ergeben[5], daß

---

1) vgl. S. 121 f
2) vgl. S. 183 ff
3) vgl. Nr. 4 u. 5 S. 122 f
4) auch hier fordert Otto (S. 348) eine Besitzanmaßung; zur Unbrauchbarkeit dieses Einschränkungsmerkmals vgl. etwa S. 125 f
5) s. o. S. 183 f

das Einschränkungsmerkmal des "schweren" Nachteils im Gegensatz zum "erheblichen" Nachteil, die Gewähr dafür bot, daß aus der umfangreichen Zahl der SEen gegenüber dem Berechtigten allein strafwürdige Fälle erfaßt werden.
Die Meinungen von Peter und Otto sind daher als zu weitgehend abzulehnen.

2. Die Nachteilsabsicht

Die genannten Entwürfe[1] fordern Nachteilsabsicht, wobei der E 62 nur die auf einen erheblichen Nachteil gerichtete Absicht genügen lassen will. Der einfache und auch der erhebliche Nachteil waren jedoch bereits im Objektiven als nicht gewichtig genug erkannt worden[2]. Dadurch, daß dieser Nachteil beabsichtigt ist, wird das Verhalten nicht strafwürdig. Denn Ansatzpunkt für das deliktische Verhalten und eine entsprechende Strafnorm ist das Rechtsgut. Weist dieses keine besondere Gewichtigkeit auf, so kann auch die verwerflichste Absicht die einfache - d. h. mit Nachteil verbundene - Rechtsgutsverletzung nicht strafwürdig erscheinen lassen. Die notwendige objektive Gewichtigkeit ließe sich jedoch - wie hier vorgeschlagen - durch das Erfordernis eines "schweren" Nachteils erreichen. Aus den gleichen Uberlegungen heraus erscheint auch das subjektive Merkmal der Boshaftigkeit (E 36) bei einfachem Nachteil nicht annehmbar.

3. Die Merkmale "dauernd" und "vorübergehend"

Die hier vertretene Wertung betrachtet die gegen eine Berechtigung gerichtete SE durch Wegnehmen auch dann als strafwürdig, wenn sie nur einen Teil der Zeitspanne umfaßt, für welche die Berechtigung gelten soll.
Die Entwürfe KE 13 bis E 30 wollen nur die dauernde SE bestrafen. Diese Einschränkung ist insofern un-

---

1) s. o. S. 185
2) s. o. S. 183 f

2. Kapitel Das Wegnehmen aus Drittgewahrsam

Die Unrechtslage im vorliegenden Rahmen entspricht grundsätzlich derjenigen der vorübergehenden SE durch Wegnehmen aus Drittgewahrsam im Rahmen der SE als Eigentumsdelikt[1].
Dort war der Angriff auf das Eigentumsrecht als so beachtenswert angesehen worden, daß seine Gewichtigkeit von der Frage, wessen Gewahrsam gebrochen wurde, unbeeinflußt blieb. Von dieser Frage ist die durch Wegnehmen erfolgende SE gegenüber dem Berechtigten angesichts des Einschränkungsmerkmals des "schweren" Nachteils gleichermaßen unabhängig. Damit ist der entsprechend angewandte Einwand Nr. 3 c des VE 09 entkräftet[2].

Was die gegen den Berechtigten gerichtete SE durch Wegnehmen aus Drittgewahrsam anbelangt, kann daher auf die Wertungen beim Wegnehmen aus dem Berechtigtengewahrsam[3] sowie auf die analoge Anwendung der Wertungen beim Eigentumsdelikt der SE verwiesen werden[1].
Soweit sich die Literatur überhaupt mit der SE, welche gegen die Berechtigung als selbständiges vom Eigentumsschutz unabhängiges Rechtsgut gerichtet ist, beschäftigt, unterscheidet sie nicht zwischen dem Wegnehmen aus Berechtigten- und aus Drittgewahrsam. Allein der analog angewandte Einwand Nr. 3 c des VE 09 zwang dazu, auf diesen Unterschied näher einzugehen. Bezüglich der Wertungen der Literatur gelten daher die obigen Erörterungen[4].
Das Wegnehmen aus Drittgewahrsam erscheint somit strafwürdig.

3. Kapitel Gesamtergebnis des § 18

Vorsätzliche SE durch Wegnehmen der Sache aus Berechtigten- wie aus Drittgewahrsam erscheint als Schutzdelikt für den zum Besitz Berechtigten strafwürdig, soweit ein "schwerer" Nachteil zugefügt wurde.

---

1) s. o. S. 156 ff; 130 ff
2) s. o. S. 120 ff
3) s. o. S. 183 ff
4) s. o. S. 185 ff

§ 19 Die SE gegenüber dem Berechtigten durch Vorenthalten

Auf Grund der bereits betonten[1] strukturellen Gleichheit zwischen dem Rechtsgut Eigentum und den mit Besitz verbundenen Berechtigungen ergeben sich mehrere Gesichtspunkte, welche keiner erneuten Erörterung bedürfen, so daß die entsprechenden, voranstehenden Untersuchungen übernommen werden können. So erübrigen sich z. B. die Behandlung der Bedeutung privatrechtlicher Normen (§ 13 B I 2), des vorübergehenden Vorenthaltens außerhalb vertraglicher Beziehungen (§ 13 B II), sowie die Feststellung, daß differenzierende Wertungen in der Literatur weitgehend fehlen (§ 13 C).

A. Die prinzipielle Gleichwertigkeit von Wegnehmen und Vorenthalten

I. Die Wertung

Bei der SE als Eigentumsdelikt wies das Vorenthalten grundsätzlich die gleiche Strafwürdigkeit wie das Wegnehmen auf[2]. Dementsprechend erscheint auch das vorsätzliche Vorenthalten gegenüber dem Berechtigten bei schwerem Nachteil grundsätzlich gleichermaßen strafwürdig wie das Wegnehmen.

II. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen

1. Bejahung der Strafwürdigkeit

Die Meinungen, welche die SE durch Wegnehmen gegenüber dem Berechtigten als strafwürdig anerkennen, vertreten diese Wertung - mit Ausnahme von Peter - im gleichen Rahmen[3] auch bezüglich des Vorenthaltens. Eingehende Begründungen fehlen.

2. Gegenmeinung

a) Der VE 09

Die Einwände Nr. 1 bis Nr. 3 b und Nr. 4 bis Nr. 5 betreffen die SE im allgemeinen; es kann daher auf

---

1) s. o. S. 182
2) vgl. o. S. 136 ff, 163
3) s. o. S. 185

die ablehnenden Erörterungen beim Wegnehmen verwiesen werden[1]. Speziell das Vorenthalten betraf der Einwand Nr. 3 c:
Generelle Pönalisierung der dauernden - und daher erst recht der vorübergehenden[2] - Entziehung gegenüber dem Eigentumsberechtigten oder dem "zum Besitz Berechtigten" würde nicht nur den "wirklichen Besitzer", sondern auch den, der einen Anspruch auf Überlassung der Sache hat", zur Strafverfolgung ermächtigen.

Entsprechend der Wertung beim Eigentumsdelikt SE[3] ist dazu zu sagen: Ob der zum Besitz Berechtigte diesen Besitz bereits erlangt hat oder erst erlangen soll, ist dann prinzipiell unwesentlich, wenn die Rechtsposition auch ohne bestehenden Besitz genügend Gewichtigkeit aufweist, so daß ihre Verletzung strafwürdig erscheint.
In Betracht kommen nur auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage dinglich oder obligatorisch Berechtigte bezüglich einer Sache. Das Recht zum Besitz muß daher bereits entstanden sein. Weiterhin muß es sich um eine einzige, bestimmte Sache handeln. Außerdem werden nur Fälle vorsätzlicher Begehung, die mit der vorsätzlichen Zufügung "schweren" Nachteils einhergehen, erfaßt. Angesichts dieser strengen Erfordernisse erscheint die vorliegende SE auch dann grundsätzlich strafwürdig, wenn sie von dem zur Überlassung Verpflichteten begangen wird.

b) Maiwald und Peter

Peter verneint die Strafwürdigkeit jeglichen Vorenthaltens schlechthin. Diese Meinung erwies sich in ihrer Allgemeinheit als unbrauchbar[4].
Maiwald erkennt die mit Besitzrecht verbundene Berechtigung nicht als schützenswertes Rechtsgut an[5].

---

1) vgl. o. S. 186 f
2) vgl. o. S. 148, 149 Anm. 2
3) vgl. o. S. 163 ff
4) s. o. S. 139
5) s. o. S. 186

Außerdem vertreten beide die Ansicht, das vorübergehende Vorenthalten sei nicht strafwürdig. Da auch dem Berechtigten gegenüber vorübergehend vorenthalten werden kann - wenngleich diese Unterscheidung hier nicht verwendet wird[1] - leugnen somit beide zusätzlich die Strafwürdigkeit eines großen Teils der Vorenthaltungen gegenüber dem Berechtigten. Zur Begründung wird pauschal angeführt, daß sich dabei Kollisionen mit den Wertungen der privatrechtlichen (Verzugs-) Regeln ergeben. Um eine Lösung etwaiger Kollisionen bemüht man sich nicht. Derart oberflächliche Argumentation ist hier ebensowenig wie oben[2] geeignet, gegen die Strafwürdigkeit des vorübergehenden Vorenthaltens zu sprechen.

III. Ergebnis und Ausblick

Das vorübergehende Vorenthalten gegenüber dem Berechtigten erwies sich grundsätzlich als strafwürdig. Einzugehen wäre noch, wie oben[3], auf den privatrechtlichen Gesichtspunkt des Verzuges.

B. Die privatrechtliche Verzugsregelung und der Beginn des Vorenthaltens

Im Rahmen des vorübergehenden Vorenthaltens als Eigentumsdelikt ergab sich eine Einschränkung der Strafwürdigkeit. Das Vorenthalten erschien erst "in Verzugshaftung" strafwürdig[4]. Entsprechender Wertung unterliegt das Vorenthalten gegenüber dem Berechtigten, da es grundsätzlich vorübergehender Natur ist[1].
Auch das Vorenthalten gegenüber dem Berechtigten erscheint daher bei vorsätzlicher Zufügung schweren Nachteils erst strafwürdig, wenn derjenige, welcher verpflichtet ist, die Sache dem Berechtigten wieder zurückzugeben, mit dieser Pflicht in Verzug geraten ist.

---

1) s. o. S. 181
2) s. o. S. 163
3) s. o. S. 168
4) vgl. o. S. 170 u. S. 172

C. Der Eigentümer als Täter

Sieht man beim Wegnehmen den zum Besitz Berechtigten im Falle vorsätzlicher Zufügung schweren Nachteils auch gegenüber dem Eigentümer als schutzwürdig an[1], so spricht unter Beachtung der gebotenen Einschränkung[2] nichts dagegen, dies auch beim Vorenthalten zu tun.

D. Gesamtergebnis des § 19

Die vorsätzliche SE durch Vorenthalten erscheint als Schutzdelikt für den zum Besitz Berechtigten strafwürdig, soweit diesem in Verzugshaftung ein schwerer Nachteil zugefügt wurde.

§ 20 Gesamtergebnis des 6. Teils

Das Ergebnis läßt sich folgendermaßen tatbestandlich fassen und in den bereits aufgestellten Tatbestand[3] als dessen Absatz 2 einfügen[4].

(2) Wer sonstige mit Besitzrecht verbundene Privatrechte verletzt, indem er unter schwerem Nachteil für den Berechtigten
eine bewegliche Sache wegnimmt oder
in Verzugshaftung vorenthält, wird mit ...

---

1) s. o. S. 184
2) vgl. o. S. 170 u. S. 172
3) s. o. S. 177
4) der bisherige Absatz 2 wird dabei Absatz 3

Teil Die SE von Immobilien

§ 21 Die SE von Immobilien gegenüber Eigentümer und Berechtigtem

A. Die SE als Eigentumsdelikt

I. Vorbemerkungen

1. Die Entziehbarkeit von Immobilien

Entgegen der nicht näher begründeten Meinung des E 62 [1], daß sich der Tatbestand der SE "seiner Natur nach nur auf bewegliche Sachen" bezöge, muß SE grundsätzlich als auch an Immobilien möglich betrachtet werden. Denn es wäre willkürlich z. B. das Blockieren des Mechanismus eines Motorrades durch Umschließen der Räder mit Stahldrahtschlössern als SE am Motorrad anzusehen[2], das entsprechende Umschließen des, den einzigen Grundstückszugang darstellenden Tores jedoch nicht als SE am Grundstück zu betrachten. Hier wie dort wurde eine Beherrschung des Sachkörpers durch den Täter ausgeübt, welche eine faktische Enteignung zur Folge hatte. Weitere Fälle dieser Art wären, das Verstreuen von Reißnägeln in einer Wohnung, so daß diese für den Eigentümer erst nach ausführlichem, eventuell langwierigem Durchkämmen wieder nutzbar ist; das Aussetzen von Tieren in der Wohnung, welches ein mühseliges Durchsuchen (z. B. bei Wanzen) oder ein schwieriges Wegschaffen (z. B. bei bissigem Hund an einer Kette) erfordert[3]. Dementsprechend bejahen alle Entwürfe vor dem E 62 und mehrere Stimmen in der Literatur[4] die Entziehbarkeit von Immobilien[5]. Vielfach ist in der Literatur nur vom Entziehen einer "beweglichen Sache" die Rede, ohne daß auch auf die SE an Immobilien eingegangen würde[6].

---

1) Begr. S. 419
2) s. o. S. 33 bzw. S. 63
3) vgl. auch S. 66 Anm. 2 (Baumstammfall)
4) z. B. Hering (S. 32) "Ummauern" oder "Überbauen"; Otto S. 348; Saftel S. 163; Schmoller S. 181; das verkennen Rottmüller (S. 27) u. Westerburg (S. 12).
5) Die Literatur nimmt zu diesem Problem weitgehend keine Stellung
6) so z. B. Gallas, Maiwald, Peter

2. Die Entbehrlichkeit der Merkmale "dauernd" und "vorübergehend"

Die Möglichkeit der dauernden SE bietet sich bei den Immobilien anders als bei den Mobilien kaum. Die typischen Fälle der dauernden SE bei den Mobilien waren diejenigen, in welchen dem Eigentümer der Verbleib der Sache unbekannt oder ihre Erreichung unmöglich war. Diese Umstände konnten dauernd weiterbestehen. Dies ist jedoch bei Immobilien anders. Einmal liegt mangels körperlichen Einflusses auf die Sache überhaupt keine SE vor, wenn die Unkenntnis des Eigentümers über den Verbleib verursacht oder aufrechterhalten wird. Zum anderen sind kaum Fälle denkbar, in welchen die Immobilie dem Eigentümer endgültig entzogen wurde. Jedenfalls über den Rechtsweg wird der Eigentümer dem rechtswidrigen Entziehungszustand regelmäßig ein Ende setzen, wovon der Täter ausgehen dürfte.
So sind die wenigen Fälle, in welchen keine Rückerlangung der Immobilie erfolgt, im Grunde nur theoretischer Natur. Es erscheint daher als unnötig, zwischen den Merkmalen "dauernd" und "vorübergehend" zu unterscheiden.
Eine etwaige Strafnorm ist somit in den Mindestanforderungen auf die vorübergehende SE auszurichten.

II. Die grundsätzliche Wertung

Durch die SE wird im vorliegenden Rahmen das Eigentum verletzt. Es besteht kein Grund, das Eigentum an Immobilien grundsätzlich als weniger gewichtig bzw. schutzwürdig zu betrachten als dasjenige an Mobilien. In vielen Fällen wird das Entziehen der Immobilien ungleich gewichtiger sein - so etwa bei Entzug der aktuell benötigten Wohnungs- oder Arbeitsräume.
Die bei den Mobilien getroffenen Wertungen[1)] können daher grundsätzlich entsprechend auf die SE an Immobilien übertragen werden. Die SE an Immobilien erscheint deshalb strafwürdig, wenn die Sache

---

1) s. o. S. 105 ff

- unter Nachteil für den Eigentümer - weggenommen oder in Verzugshaftung vorenthalten wurde.

III. Wertung des StGB

Das Vergleichsdelikt des StGB ist die Sachbeschädigung des § 303. Ebenso wie hier die SE an Immobilien gleich der an Mobilien gewertet wurde[1], ebenso wertet das StGB die Beschädigung von Immobilien gleich der an Mobilien. Da für die SE an Mobilien die hier vertretene Wertung und die entsprechende des StGB als gleichwertig erschienen[2], muß dies deshalb ebenso für die Wertungen bezüglich der SE bzw. der Beschädigung von Immobilien gelten. Das StGB bestätigt daher die hier vorgenommene Wertung.

IV. Wertungen in der Literatur und den Entwürfen

Die Stellungnahmen[3], welche eine SE von Immobilien begrifflich für möglich halten, bejahen auch grundsätzlich deren Strafwürdigkeit.
Bezüglich der Ausgestaltung des Tatbestandes wird zwischen der SE von Mobilien und Immobilien nicht unterschieden. Daher kann auf die obige Abhandlung der Argumente im Rahmen der SE von Mobilien verwiesen werden[4]. Da oben abweichende Meinungen das vorgetragene Ergebnis nicht zu erschüttern vermochten, gilt hier das gleiche.
Lediglich Säftel geht hypothetisch[5] näher auf den Unterschied ein. Er hält eine SE-norm für unnötig, da § 123 ausreichenden Schutz vermittele. Dem kann - von der unterschiedlichen Verletzungshandlung ganz abgesehen[6] - bereits deshalb nicht zugestimmt werden, weil der Strafrahmen des § 123 (bis zu drei Monaten) zu dem der SE "bis zu zwei Jahren"[7] völlig außer Verhältnis steht.

---

1) s. o. S. 196
2) vgl. z. B. S. 109 ff, 118 f
3) s. o. S. 195 (mit Ausnahme Säftels; S. 163 f)
4) s. o. S. 119 ff u. 147 ff
5) da er die Pönalisierung der SE grundsätzlich ablehnt
6) so ist ein Eindringen nicht erforderlich; vgl. das Beispiel von Hering (S. 32) "Ummauern einer Immobilie"
7) s. u. S. 211; vgl. auch § 303

V. Ergebnis

Die vorsätzliche Entziehung einer Immobilie gegenüber dem Eigentümer erscheint daher strafwürdig, soweit die Sache unter Nachteil für den Eigentümer weggenommen oder in Verzugshaftung vorenthalten wurde.

B. Die SE gegenüber dem Berechtigten

Als Delikt gegenüber dem Eigentümer erwies sich die SE von Immobilien soeben als gleichermaßen strafwürdig wie die entsprechende SE von Mobilien. Als Delikt gegenüber dem Berechtigten muß daher - mangels entgegenstehender Gesichtspunkte - die SE von Immobilien ebenfalls gleichermaßen strafwürdig erscheinen wie die entsprechende SE von Mobilien[1].

Das bedeutet, die SE von Immobilien gegenüber dem Berechtigten ist als strafwürdig anzusehen, wenn das Privatrecht mit Recht zum Besitz verbunden war, und die Sache unter "schweren" Nachteilen für den Berechtigten weggenommen oder in Verzugshaftung vorenthalten wurde.

C. Gesamtergebnis des § 21

Das Ergebnis läßt sich im Tatbestand[2] dadurch zum Ausdruck bringen, daß in der Umschreibung "Wegnehmen oder Vorenthalten einer fremden beweglichen Sache" das Wort "beweglich" gestrichen wird.

---

1) s. o. S. 194
2) vgl. S. 177, 194

Teil Einzelfragen

2? Ergänzungen der SE-norm

a. Rechtfertigungsgründe für die SE

SEen können, wie andere Delikte auch, durch die allgemeinen, nicht nur speziell für ein bestimmtes Delikt geltenden Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt sein. Insoweit wirft ein Delikt SE keine besonderen Probleme auf.
Es ist jedoch zu fragen, ob es SEen gibt, für die zwar kein allgemeiner Rechtfertigungsgrund zutrifft, die aber angesichts einer für sie spezifischen Rechtslage gerechtfertigt erscheinen. Gäbe es solche spezifischen Rechtslagen, so müßte dies in einem SE-tatbestand berücksichtigt werden.
Zu denken ist hier - auch im Blick auf die Zuordnungsdelikte, deren Grunddelikt die SE bildet - an die Entziehung einer Sache, auf deren Übereignung oder Gebrauchsüberlassung der Täter T einen Anspruch gegenüber dem Eigentümer E hat. Nimmt T dem E die Sache mit Entziehungswillen weg, so wäre die damit verbundene faktische Enteignung nicht rechtswidrig. Denn die formale Position des zur Übereignung oder Gebrauchsüberlassung verpflichteten E ist strafrechtlich nicht schutzwürdig[1].
Weitere spezifische Rechtslagen im obigen Sinne sind nicht ersichtlich.

Im Tatbestand muß also zum Ausdruck gebracht werden, daß nicht die Entziehung schlechthin, sondern nur die rechtswidrige Entziehung erfaßt werden soll. Es wird daher im Tatbestand wie folgt formuliert:[2]

Absatz 1 Nr. 1: "... mit dem Vorsatz dauernder rechtswidriger Entziehung ..."
Nr. 2: "... unter rechtswidrigem Nachteil ..."
Absatz 2: " ... unter schwerem rechtswidrigen Nachteil ..."

---

1) so zu § 242 die h. M.; vgl. etwa Schönke-Schröder § 242 Anm. 57

2) zu Abs. 1 bzw. 2 vgl. o. S. 177 bzw. S. 194

B. Die SE als Antragsdelikt

Ungeachtet der Gewichtigkeit einer SE im Einzelfall ist dem E 62 darin zuzustimmen, daß die SE das öffentliche Interesse grundsätzlich nicht in dem Maße berührt, daß eine Verfolgung von Amts wegen geboten erscheint[1]. Dem entspricht auch die gesetzliche Regelung der Sachbeschädigung, dem Vergleichsdelikt zur SE innerhalb des StGB (§ 303 Abs. 3). Die gleiche Wertung trafen alle Entwürfe außer dem E 36, der nur eine Anhörung des Geschädigten vor Aufnahme der Verfolgung vorsah (§ 478). Die Literatur kommt regelmäßig nicht zur Behandlung dieser Frage[2].

Es empfiehlt sich daher, für die Verfolgung der SE einen Antrag zu fordern; etwa in der Form: "Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt".
Damit erübrigt sich die Frage nach einem etwaigen Angehörigenprivileg entsprechend § 247.

C. Die "gemeinschädliche" SE

Erwähnt sei noch, daß es sich, angesichts der engen Verwandtschaft zwischen SE und Sachbeschädigung als reine Enteignungsdelikte, anbietet, die Entziehung der in § 304 genannten Gegenstände entsprechend höher zu bestrafen.

Gesetzestechnisch ließe sich dies - entsprechend § 304 - durch eine auf die Grundnorm SE folgende Spezialnorm verwirklichen.

---

1) Begr. S. 422

2) Säftel, der die SE ablehnt, befürwortet den Antrag jedenfalls prinzipiell und hypotetisch (S. 169)

3) so z. B. auch E 19 bis E 36

'eil Die Ergebnisse unter allgemein-kriminalpolitischen Gesichtspunkten

§ 23 Das staatliche Strafinteresse

A. Die Vorteile der Ergebnisse

I. Demonstration der Rechtsgeltung und Erziehung

Wie vielfach betont, bedeuten die für strafwürdig befundenen SEen gewichtige Rechtsgutsverletzungen. Vom Täter her gesehen stellt sein Verhalten die Mißachtung und Verletzung elementarer Rechte des Anderen dar.
Es dürfte daher dem Interesse eines Staates entsprechen, derartig einschneidende Rechtsgutsverletzungen eindrucksvoll zu ahnden. Dies auch deshalb, weil so das Bestehen und der Schutz der sozialethischen Werte und Pflichten[1] deutlich demonstriert werden kann.
Eine erfolgreiche Demonstration war nur mit den Mitteln des Strafrechts möglich erschienen[2].

II. Systemgerechtigkeit und Vertrauen

Die Existenz des Staates hängt vom Zusammenwirken der Mitglieder ab. Eine freiheitliche Demokratie steht und fällt mit der Freiheit des Einzelnen. Diese wird insbesondere durch Grundrechte gewährleistet. Das Zusammenwirken der Mitglieder nach den Regeln, welche der Staat fordert, ist auf die Dauer nur möglich, wenn die Mitglieder Vertrauen zu dieser Staatsform und ihrem Funktionieren haben.
Zu einer bruchstückhaften, inkonsequenten Verwirklichung der Grundprinzipien kann kein Mitglied Vertrauen haben. Deshalb muß es das Interesse jeden Staates sein, Grundsätze, zu denen er sich ausdrücklich bekennt, auch zu verwirklichen. Hat er einen

---

1) vgl. auch Welzel § 1 I 2
2) vgl. z. B. o. S. 108 f, 116 ff, 142 ff

Grundsatz weitgehend verwirklicht, ist er aber in mancher Hinsicht inkonsequenterweise untätig geblieben, so mag dies als kaum erwähnenswert erscheinen, angesichts der zahlreichen anderen Grundsätze, die er noch zu verwirklichen hat. Derartige Inkonsequenzen schaffen jedoch ungerechte Lücken, die auch als solche empfunden werden. Gibt es dieser viele in einem Staat, und kommen anderweitige Spannungen im Gemeinschaftsleben hinzu, so kann seine Existenz in Frage gestellt sein.

Vor allem im Strafrecht wird es einem freiheitlichen und darum für Unruhen jeder Art anfälligeren Staat um das Vertrauen seiner Mitglieder zu tun sein. Darum gilt es im Strafrecht eine Systemgerechtigkeit zu verwirklichen, die es ermöglicht, ohne den Preis einer ungesunden Überpönalisierung strafwürdiges Unrecht gleichmäßig zu erfassen. Dementsprechend wird im Strafrecht ein "kriminalpolitisches Bedürfnis nach einem lückenlosen Eigentumsschutz"[1] bejaht. Soweit die zu pönalisierende Eigentumsverletzung ausreichend gewichtig erscheint, besteht dieses Bedürfnis unabhängig davon, wie häufig die fragliche Eigentumsverletzung vorkommt. Denn zum einen hat der Staatsbürger Anspruch auf wirksamen Schutz des Eigentums schlechthin, soweit das gesetzestechnisch möglich ist. Zum anderen überrascht die Wohlstandsgesellschaft immer wieder von neuem mit verwundbaren Stellen. Man denke nur daran, daß sich eine Gruppe von Leuten diese Lücke zunutze machen könnte, um die Unvollkommenheit des Rechtsschutzsystems eines Staates zu demonstrieren.

---

1) so z. B. Schönke-Schröder § 246 Anm. 1; vgl. auch S. 109 Anm. 2

Dem "kriminalpolitischen Bedürfnis nach lückenlosem Eigentumsschutz" entsprechend, besteht, wie oben dargelegt[1], ein derartiges Bedürfnis auch für die Verletzungen von solchen Rechten bezüglich einer Sache, die mit Besitzrecht einhergehen, soweit schwerer Nachteil zugefügt wird.

Durch SE konnten das Eigentum wie auch die soeben beschriebenen Rechte gewichtig verletzt werden. Da die SE jedoch straflos ist, und Ersatznormen in keinem Rechtsgebiet verfügbar sind, stellt die SE eine jener Lücken im Strafrecht dar. Eine Strafnorm der SE würde zur Schließung einer dieser Lücken beitragen.

Auch die Volksmeinung zur Strafwürdigkeit eines Verhaltens kann unter Umständen ein beachtenswertes Indiz darstellen. Zwar sollte man sich davor hüten, ihr dann zu folgen, wenn sie einseitig durch entsprechende Empörung oder Verhetzung im Einzelfall nach etwas bestimmtem verlangt oder wenn sie auf bestimmten Gebieten weltanschaulich-religiös gebunden ist. Jedoch kann man, wenn unter Fehlen einer derartigen Bindung in den verschiedensten Schichten seit langer Zeit übereinstimmend die Meinung herrscht, ein bestimmtes Verhalten würde bestraft, auf die Strafwürdigkeit Rückschlüsse ziehen. Es dürfte nur wenige unbefangene Mitbürger geben, die der Ansicht sind, wer SE vorsätzlich begeht, ginge straffrei aus. Dies nicht zuletzt angesichts der anderen Strafnormen (z. B. § 303).

---

1) s. o. S. 179 ff

Daher vermag im Falle der SE das - vorsichtig und kritisch herangezogene - unbefangene Bewußtsein der Mitbürger ein Indiz für die Strafwürdigkeit dieses Deliktes darzustellen[1].

III. Rechtsklarheit und Rechtssicherheit

Die Verhältnisse in Rechtsprechung und Lehre bezüglich der SE weisen ebenfalls auf die Notwendigkeit einer Pönalisierung hin. So etwa, wenn - wie beschrieben - zur Füllung der als ungerecht empfundenen Lücke Wege beschritten werden, die rechtliche Bedenken aufkommen lassen[2]. Läßt sich daraus allein auch nicht die zwingende Notwendigkeit der Pönalisierung herleiten, so muß man Höpfner[3] jedoch zustimmen, daß angesichts dieser Ungerechtigkeit "die Versuche nicht aufhören würden, unter Vergewaltigung des Gesetzes solche Handlungen als Zueignung und Diebstahl (bzw. als Sachbeschädigung) zu qualifizieren".
Weiterhin spricht für eine Pönalisierung die Tatsache, daß die herangezogenen Ersatznormen so geartet sind, daß eine Bestrafung vom Zufall und nicht vom begangenen Unrecht abhängt[4].
Im Sinne der Rechtssicherheit wurde für die hier vorgeschlagene Strafnorm Wert auf deutliche tatbestandliche Eingrenzung gelegt.
Für das von Säftel[5] in Anspruch genommene Argument, daß dem Gesetzgeber der "Mut zur Lücke"[6] zuzubilligen ist, wenn ansonsten die Gefahr einer ungesunden Überpönalisierung zu befürchten ist, bleibt daher, was die Pönalisierung der SE in der hier vorgeschlagenen Form anbelangt, kein Raum. Die Tatsache,

---

1) Dem trugen grundsätzlich auch die Entwürfe ab KE 13 Rechnung; wenn daher Maihofer ohne nähere Begründung dieses Bestreben nur dem "Scharfsinn" der Verfasser, welche die Absicht gehabt hätten, "auch noch die letzte Lücke der Strafbarkeit zu schließen", zuschreibt, so kann dem nicht zugestimmt werden.
2) vgl. Lösung Maurachs; s. o. S. 39 ff
3) S. 182
4) vgl. o. S. 84 f
5) S. 161
6) vgl. Arthur Kaufmann ZStW 76, 549

daß das Strafrecht seiner Natur nach notwendigerweise fragmentarisch ist, erscheint bedauerlich genug und sollte nicht dazu verwendet werden, diesen Zustand aufrechtzuerhalten. Dies aber geschieht mehrfach, indem sich Autoren[1] zur Ablehnung neuer Normen auf den notwendigerweise fragmentarischen Charakter des Strafrechts berufen, ohne zur Strafwürdigkeit oder zum Strafbedürfnis bezüglich der einzelnen Norm Zwingendes vorzubringen.

IV. Ergebnis:

Aus den angeführten Gründen liegt daher insoweit die Pönalisierung der SE grundsätzlich, wie auch in der hier vertretenen Ausgestaltung, im kriminalpolitischen Interesse des Staates.

B. Die Einwände gegen die Ergebnisse

I. Die Abgrenzbarkeit der SE gegenüber anderen Delikten und Lebenssachverhalten

Gegen die Befürworter des E 62 wurde mit Recht geltend gemacht, die von ihnen der SE-norm hinzugefügte Subsidiaritätsklausel[2] zeige ihre Unsicherheit gegenüber der Rolle der neuen Norm[3]. Diese Unsicherheit wurde hier vermieden[4]. Es gelten die allgemeinen Konkurrenzregeln. Eine Betonung des geschützten Rechtsgutes am Anfang der Norm ("Wer das Eigentumsrecht verletzt ...") vermeidet Unklarheiten darüber, wem Nachteil zugefügt werden muß. Weiterhin wurde einer Ausuferung der SE dadurch vorgebeugt, daß nicht eine Beherrschung des mehr oder weniger gegenständlich oder vergeistigt betrachteten Sacheigentums, sondern nur der Sache in ihrer Körperlichkeit den Tatbestand zu erfüllen vermag.

---

1) z. B. Maihofer S. 76; Peters S. 475 (495); Säftel S. 157 ff
2) so bereits das Badische StGB v. 1845 vgl. o. S. 28 ff
3) vgl. Säftel S. 162
4) s. o. . . 7)

Beim Vorenthalten gewährleistet das Erfordernis einer eindeutigen Manifestation[1] des Enteignungswillens die deutliche Abgrenzbarkeit zu sonstigen Lebenssachverhalten; z. B. in den Fällen, wo die Rückgabefrist lediglich "versäumt" wurde[2].

II. Die Abgrenzbarkeit von strafwürdigem und nicht strafwürdigem Unrecht (Bagatellunrecht)

Die Prüfung der einzelnen SE-arten, ob und inwieweit sie strafwürdiges Unrecht enthielten, wurde jeweils unter ausführlicher Würdigung der erkennbaren Aspekte vorgenommen[3]. Weiterhin wurden bei der Umsetzung der Ergebnisse in Tatbestände pauschale Formulierungen vermieden und ein differenzierender Tatbestand gebildet.

Wenn dennoch SE-tatbestände abgelehnt werden, weil ihre Fassung nicht gewährleiste, daß nicht auch Bagatellfälle darunter fallen könnten[4], so kann dem nur folgendes entgegengehalten werden:
Mit Ausnahme der wenigen schwersten Delikte des StGB können vom Tatbestand jeden Delikts Bagatellfälle erfaßt werden. Dies gilt z. B. neben den §§ 185, 223 insbesondere für die Eigentums- und Vermögensdelikte. Das Stehlen einer Büroklammer aus einer Schachtel mit 1000 Stück fällt ebenso unter die §§ 242 ff, wie der winzige Kratzer am Wagen unter § 303 fällt. Der Gefahr, daß auch Bagatellfälle vom Wortlaut erfaßt werden, unterliegt daher jede Norm, und man begegnet dem Problem, Bagatellunrecht vom strafwürdigen Unrecht scheiden zu müssen, bei jedem Straftatbestand. Darum ist der grundsätzliche Einwand, unter einen Tatbestand einer bestimmten Fas-

---

1) s. o. S. 15
2) Säftel (S. 165) übersieht dies
3) vgl. o. ab § 2 (S. 4 ff)
4) so grundsätzlich Säftel (z. B. S. 138, 160)

sung könnte auch Bagatellunrecht fallen, wertlos[1]. Beachtung verdient allein der Einwand, welcher darlegt, daß ein Tatbestand so gefaßt ist oder nur so gefaßt werden kann, daß er selbst bei gutem Willen des Auslegenden (vgl. auch analog § 133 BGB) nicht in strafrechtlich bedeutende und völlig unbedeutende Fälle aufgegliedert werden kann.
Säftel[2], der mit den Bagatellfällen argumentiert, beschränkt sich bei seiner Ablehnung einer Pönalisierung der SE auf die Unzulänglichkeit der Tatbestandsfassungen der Entwürfe. Diese Fassungen wurden auch im Rahmen der vorliegenden Untersuchungen abgelehnt und durch Differenzierungen ersetzt. Säftels Argumente geben daher für die vorliegende Lösung nichts her. Außerdem ist Säftel bei der Auseinandersetzung mit Bagatellfällen der SE inkonsequent, indem er beim Eigentumsdelikt Sachbeschädigung das Merkmal "von einiger Erheblichkeit"[2] als ausreichendes Hindernis gegen Bagatellfälle ansieht, bei der SE jedoch das Merkmal "erheblicher Nachteil", Gallas[3] folgend, als "ganz verschwommenes Gebilde" ablehnt.

III. Das Bedürfnis in der Praxis nach einer Strafnorm SE

1. Die Unhaltbarkeit der Forderung nach aktuellem Bedürfnis

Einwand Nr. 6[5] des VE 09[6] lautet: Auf eine Strafnorm der SE könne verzichtet werden, denn in der Praxis habe sich kein erhebliches Bedürfnis nach ihr

---

1) außerdem kann auf Kohlrausch (S. 491) verwiesen werden, der in ähnlicher Lage - bezogen auf die Ergänzung des § 303 um das Merkmal "Unbrauchbarmachung" - meint: "Bei Lappalien, die das Leben gerade hier natürlich in Unmengen bringt, wird kein vernünftiger Staatsanwalt anklagen."

2) S. 115

3) S. 101

4) Säftel S. 140

5) s. o. S. 92 ff

6) Begr. S. 808

geltend gemacht". Dem entspricht die Behauptung, Voraussetzung für die Schaffung einer Strafnorm, die ein bestimmtes Verhalten erfaßt, sei, "daß sich dieses Verhalten in der realen Lebenswirklichkeit" deutlich niederschlägt"[1].
Es kann jedoch Lücken zwischen den einzelnen Straftatbeständen geben, welche es dem Täter ermöglichen, trotz eindeutigen Unrechts durch die Maschen des Gesetzes zu schlüpfen. Weiterhin ist es möglich, daß über die Zahl der diesen Lückenbereich betreffenden Delikte kein auszuwertendes Material zur Verfügung steht. Dies darf jedoch den Gesetzgeber nicht hindern, einen Straftatbestand zu schaffen, welcher Delikte des Lückenbereiches pönalisiert[2]. Vielmehr hat der Gesetzgeber nicht nur das Recht, sondern auch die Verpflichtung, eindeutig strafwürdiges Unrecht zu pönalisieren, damit - jedenfalls für die Zukunft - etwaige Straftaten dieser Art verhindert oder mit angemessenen Maßnahmen beantwortet werden können[3].

Eine Argumentation wie die zu Anfang angeführte läßt die Schaffung einer Strafnorm nur zu, nachdem bestimmte Delikte in ausreichendem Maße innerhalb des Gemeinwesens begangen wurden; und dies, obgleich bereits zuvor die Gewichtigkeit dieser Delikte feststand[3]. Der Staat wäre so - besserer Einsicht zuwider - daran gehindert, Vorsorge zu treffen und gezwungen, mit seinen Strafnormen hinter der Kriminalität zurückzubleiben[4]. Ein solcher Zustand dürfte nur schwerlich im Sinne eines Gemeinwesens liegen. Das Fehlen eines aktuellen Bedürfnisses ist daher angesichts der Strafwürdigkeit kein Hindernis für die Pönalisierung.

---

1) vgl. Würtenberger II 4 S. 53
2) vgl. auch Westerburg S. 9
3) vgl. auch o. S. 201 ff
4) dementsprechend betonen z. B. Schönke-Schröder § 246 Anm. 1 das kriminalpolitische Bedürfnis nach lückenlosem Eigentumsschutz

2. Das bestehende aktuelle Bedürfnis nach einer Strafnorm SE

Obgleich ein aktuelles Bedürfnis nach einer SE-norm für die Pönalisierung der SE nicht erforderlich ist, soll der Vollständigkeit halber dennoch dargetan werden, daß ein solches Bedürfnis entgegen anderslautenden Behauptungen besteht. Selbst der VE 09 verneint nicht das Bestehen eines Bedürfnisses, sondern meint nur, es sei nicht "erheblich". Bereits Löwenstein hielt dem entgegen, "daß solche Fälle, weil sie eben straflos sind, trotz ihres häufigen Vorkommens selten der Behörde bekannt werden"[1]. Dem ist zuzustimmen, denn eine Nachforschung in der Praxis nach der Geltendmachung eines Deliktes, dessen Strafbarkeit die h. L. eindeutig verneint, erscheint wenig sinnvoll.
So gehen auch alle auf den VE 09 folgenden Entwürfe von einem Bedürfnis aus. In diesem Zusammenhang beruft sich Säftel[2] auf eine Schweizer Statistik, nach welcher die Zahl der Verurteilungen in den letzten Jahren nicht sonderlich groß gewesen sein soll. Abgesehen davon, daß die Schweizer Verhältnisse nicht den bundesdeutschen entsprechen müssen, beweist diese Statistik immerhin, daß die SE durchaus vorkommt. Auch bleibt außer Acht, daß die Norm durch ihre Abschreckungswirkung eine höhere Zahl von Delikten verhindert haben kann. Außerdem erscheint es nicht gerechtfertigt, ein strafenswertes Delikt nur deshalb nicht zu bestrafen, weil die Zahl seiner Begehungen im Rahmen der Verbrechensstatistik einer Massengesellschaft ausgesprochen klein wirkt[3].
Um sich vom vielfachen Vorkommen strafenswerter SEen gerade im aktuellen Leben zu überzeugen, genügt ein Blick auf die bei der Erörterung der Strafwürdigkeit der einzelnen SE-formen angeführten Beispiele; insbesondere auf die Beispiele

---

1) Äußerungen S. 426; vgl. auch Voll S. 130
2) S. 62
3) vgl. auch Westerburg S. 9

der SE unter den Gesichtspunkten der augenblicklichen[1] bzw. alltäglichen[2] Lebenswirklichkeit. Weiterhin umfaßt der hier konzipierte SE-tatbestand einen beachtlichen Teil von Fällen, welche bisher unter fragwürdiger Subsumtion bei § 303 angesiedelt worden waren, und deren zahlreiches Vorkommen nicht zu bestreiten ist[3].
Auch aus aktueller Sicht ergibt sich daher ein erhebliches Bedürfnis in der Praxis nach einer Strafnorm SE[4].

C. Gesamtergebnis des § 23

Die Einwände gegen das anhand der Vorteile des Ergebnisses festgestellte staatliche Strafinteresse erweisen sich als nicht stichhaltig. Ein staatliches Strafinteresse an der Pönalisierung der SE in der vorgeschlagenen Form kann daher bejaht werden.

Die SE in den bejahten Ausgestaltungen erscheint daher nicht nur strafwürdig, sondern auch strafbedürftig.

10. Teil Schluß

§ 24 Der Gesetzesvorschlag für eine Strafnorm SE

Es wird vorgeschlagen, unter Abänderung des Titels des 19. Abschnitts in "Diebstahl, Unterschlagung und Sachentziehung" die SE am Ende des Abschnitts anzusiedeln. Eine Ansiedelung bei § 303 - so z. B. Schmoller und E 62 - empfiehlt sich nicht. Denn die Sachentziehung bildet das tatbestandskonstruktive Grunddelikt der Zuordnungsdelikte. Die Ansiedelung der SE am Ende des 19. Abschnitts befürworten auch die Entwürfe E 19 - 36.

---

1) z. B. S. 108

2) z. B. S. 144

3) s. o. S. 62

4) vgl. auch Mittermaier S. 352 Anm. 3: "Dem praktischen Bedürfnis wird jetzt ganz ungenügend abgeholfen."

Bei der Fassung des SE-tatbestandes bleibt gesetzestechnisch noch folgendes zu beachten: Da die SE das Grunddelikt der Zuordnungsdelikte bildet, würde eine Norm, welche die SE schlechthin unter Strafe stellt, auch alle Zuordnungsdelikte, so z. B. auch das furtum usus, erfassen. Die Zuordnungsdelikte und insbesondere das furtum usus wurden jedoch vorliegend nicht auf ihre Strafwürdigkeit und nicht auf ihre Strafbedürftigkeit - für letztere sind u. a. deliktsspezifische kriminalpolitische Zweckmäßigkeitserwäguhgen maßgebend - untersucht. Denn Gegenstand der vorstehenden Erörterungen war ausschließlich die rein negative, sich in der faktischen Enteignung erschöpfende SE.

Daher hat sich der Gesetzesvorschlag auf die rein negative SE zu beschränken und darf einer Entscheidung über die etwaige Pönalisierung von Zuordnungsdelikten nicht vorgreifen.[1)]

Somit ist im SE-tatbestand klarzustellen, daß Zuordnungsdelikte nicht erfaßt werden sollen. Dies geschieht - wie auch in Österreich[2)] - am deutlichsten durch ein negatives Abgrenzungsmerkmal, etwa: " Wer ... ohne Zuordnung ... entzieht".

Diese Formulierung entspricht zwar der Fassung von § 212. Sie kann bei der SE jedoch verhünftigerweise nicht zu ähnlichen Meinungsverschiedenheiten führen wie bei § 212.[3)] Denn die Entstehungsgeschichte der Norm würde zeigen, daß mit dieser abgrenzenden Formulierung nur vermieden werden sollte, einer Entscheidung über die Pönalisierung von Zuordnungsdelikten vorzugreifen.

---

1) vgl. hierzu den Streit über die Pönalisierung des furtum usus; eine Pönalisierung befürwortend: z. B. Elster ZStW 53, 446; ten Hompel ZStW 19, 817; Müller-Frank S. 18 ff; offen lassend: z. B. Harburger S. 373; Schaffstein S. 102; ablehnend: z. B. Maurach BT § 31 I S. 164 f; Ternus S. 110 ff (114)

2) § 135 StGB " ... ohne ... zuzueignen ..."

3) vgl. etwa Welzel § 38 vor I S. 280, m. w. N.

Eine solche Abgrenzungsformel mag mancherseits - angesichts der Tatsache, daß die SE systematisch gesehen das Grunddelikt der Zuordnungsdelikte darstellt - störend erscheinen. Gerade aus diesem systematischen Zusammenhang ergibt sich jedoch ihre Notwendigkeit.

In diesem Sinne ist weiterhin zu beachten, daß eine solche Abgrenzungsformel ihre Existenzberechtigung in einem Strafrechtssystem selbst dann nicht ohne weiteres verlieren würde, wenn sich der Gesetzgeber bereits für oder gegen die Pönalisierung des furtum usus in einer mehr oder weniger generellen Weise entschieden hätte.
Ist eine solche Pönalisierung abgelehnt worden - so die Rechtslage im StGB - dann ist die Abgrenzungsformel, wie oben dargelegt, unerläßlich.
Ist die Pönalisierung in einer mehr oder weniger umfassenden Weise erfolgt, so ist zu unterscheiden:
Erscheint das furtum usus in keiner Hinsicht weniger strafwürdig bzw. strafbedürftig als die vorübergehende SE, so wäre die Abgrenzungsformel überflüssig, ja sogar irreführend.
Erscheint das furtum usus jedoch in gewisser Hinsicht weniger strafwürdig bzw. strafbedürftig, so könnte die Abgrenzungsformel nur dann entfallen, wenn der tatbestandliche Einzugsbereich der Strafnorm des furtum usus mindestens den der vorübergehenden SE deckt. Denn dann wäre gewährleistet, daß in jedem Falle die Strafnorm des furtum usus als die speziellere Anwendung findet. Liegt diese Deckung der tatbestandlichen Einzugsbereiche nicht vor, dann wäre die Abgrenzungsformel weiterhin unverzichtbar.

Entsprechend den obigen Ergebnissen lautet der gesamte Straftatbestand der SE wie folgt:

§ 248 d Sachentziehung

(1) Wer das Eigentumsrecht verletzt, indem er ohne Zuordnung

1. eine fremde bewegliche Sache mit dem Vorsatz dauernder rechtswidriger Entziehung wegnimmt oder vorenthält,
wird
mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft;

2. unter rechtswidrigem Nachteil für den Eigentümer eine fremde Sache wegnimmt oder in Verzugshaftung vorenthält,
wird
mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer sonstige mit Besitzrecht verbundene Privatrechte verletzt, indem er ohne Zuordnung

unter schwerem rechtswidrigen Nachteil für den Berechtigten eine Sache wegnimmt oder in Verzugshaftung vorenthält,
wird
mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Aktenstücke	Abdruck aus den Reichstagsakten in E 1870, Entwurf eines StGB für den Norddeutschen Bund nebst Motiven u. Anlagen Berlin 1870
Allfeld (Philipp)	Deutsches Strafrecht 8. Aufl. Leipzig-Erlangen 1922
Äußerungen zum VE 09	Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch Gefertigt im Reichs-Justizamt Berlin 1911
Baiern	Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern; Nach den Protokollen des königlichen geheimen Raths 3. Bd. München 1814
Baur (Fritz)	Lehrbuch des Sachenrechts 8. Aufl. München u. Berlin 1975
Berner (Albert Friedrich)	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 6. u. 15. Aufl. Leipzig 1872 u. 1888
Binding (Karl)	Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts BT 1. Bd. 2. Aufl. Leipzig 1902
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner GG 30. Lieferung Hamburg 1972
Cramer (Peter)	Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht Bad Homburg v. d. H. 1968
Dalcke (Albert)	Strafrecht und Strafverfahren 31. Aufl. Berlin 1940
Dalcke-Fuhrmann (Ernst)-Schäfer (Karl)	37. Aufl. Berlin 1961
Dreher (Eduard)	StGB-Kommentar 33. Aufl. München u. Berlin 1975
Elster (Alexander)	Gebrauchsdiebstahl von Geistesgut ZStW 53, 442 ff

Engisch (Karl)	Einführung in das juristische Denken 3. Aufl. Stuttgart 1964
Erman (Walter)	Handkommentar zum BGB 1. u. 2. Bd. 5. Aufl. Münster 1972
Entwürfe zum StGB	s. o. Übersicht § 7 A I
Frank (Reinhard)	Das StGB für das Deutsche Reich 18. Aufl. München 1931
Gallas (Wilhelm)	Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission BT Bd. 6 Bonn 1958
Gegenüberstellung der Strafgesetzentwürfe	Gegenüberstellung der Strafgesetzentwürfe 1927, 1930, 1936, BT Gedruckt im Justizministerium Bonn 1956
Gerland (Heinrich)	Deutsches Reichsstrafrecht 2. Aufl. Berlin u. Leipzig 1932
Hälschner (Hugo)	Das gemeine deutsche Strafrecht 2. Bd. Bonn 1884
Harburger (Heinrich)	Diebstahl und Unterschlagung VDSt BT 6. Bd. S. 183 ff; Berlin 1907
Hering (Friedrich)	Die dauernde Sachentziehung ohne Bereicherungsabsicht Diss. Heidelberg 1930
v. Hippel (Robert)	Lehrbuch des Strafrechts Berlin 1932
ten Hompel (Adolf)	Das furtum usus de lege ferenda ZStW 19, 795 ff
Höpfner (Wilhelm)	Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch Berlin 1910
Jagusch (Heinrich)	Kommentierung der §§ 242 ff u. 303 StGB im Leipziger Kommentar 2. Bd. 8. Aufl. Berlin 1958
Kaser (Max)	Das römische Privatrecht München 1955
Kaufmann (Armin)	Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte Göttingen 1959
Kaufmann (Arthur)	Die Irrtumsregelung ZStW 76,543

Kleinknecht (Theodor)	Kommentar zur StPO mit GVG und Nebengesetzen 31. Aufl. München 1974
Kohler (Josef)	Die sogen. klassische und die sogen. neue Strafrechtsschule in: GA 54,1 ff
Kohlrausch (Eduard)	Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen, S. 474 ff; in: Das kommende deutsche Strafrecht BT, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission 2. Aufl. Berlin 1936
Kohlrausch-Lange (Richard)	StGB mit Erläuterungen und Nebengesetzen 43. Aufl. Berlin 1961
Lackner (Karl)-Maassen (Hermann)	StGB mit Erläuterungen 9. Aufl. München 1975
Lampe (Ernst-Joachim)	Buchbesprechung: Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes NJW 72,755
Larenz (Karl)	AT des Deutschen Bürgerlichen Rechts 3. Aufl. München u. Berlin 1975
Lehmann (Heinrich)	AT des BGB 2. 11. 14. Aufl. Berlin 1922, 1958, 1963
Lehmann-Hübner (Heinz)	AT des BGB 15. 16. Aufl. Berlin 1966
Leibholz (Gerhard)-Rinck (Hans Jürgen)	GG-Kommentar 4. Aufl. Köln-Marienburg 1971
Leipziger-Kommentar	s. Jagusch u. Nagler
v. Liszt (Franz)	Lehrbuch des deutschen Strafrechts 4. Aufl. Berlin
v. Liszt-Schmidt (Eberhard)	Lehrbuch des deutschen Strafrechts 25. Aufl. Berlin u. Leipzig 1927
Löwenstein (Siegfried)	s. o. S. 88; vgl. auch Äußerungen zum VE 09 S. 393 f
Maihofer (Werner)	Die Reform des BT des Strafrechts, Programm für ein neues Strafgesetzbuch S. 72 - 88 in: Die Deutsche Strafrechtsreform München 1967
Maiwald (Manfred)	Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte Heidelberg 1970

Maurach (Reinhart)	Deutsches Strafrecht AT 4. Aufl. Karlsruhe 1971 BT 5. Aufl. Karlsruhe 1969
Medicus (Dieter)	Bürgerliches Recht 6. Aufl. Köln 1973
Merkel (Adolf)	Lehrbuch des deutschen Strafrechts Stuttgart 1889
Mayer (Hugo)	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 5. Aufl. Leipzig 1895
Mezger (Edmund)	Strafrecht BT 7. Aufl. München-Berlin 1960
Mezger-Blei (Hermann)	Strafrecht BT 9. Aufl. München-Berlin 1966
Mittermaier (Wolfgang)	s. o. S. 88; vgl. auch Äußerungen zum VE 09 S. 393 f
Mommsen (Theodor)	Römisches Strafrecht Leipzig 1899 Nachdruck Graz-Austria 1955
Mühlmann (Erich)-Bommel (Gert)	Das StGB, Kommentar Straubing 1949
Müller-Frank (Ulrich)	Die generelle Straflosigkeit des "furtum usus", eine Lücke im geltenden deutschen Strafrecht Diss. Köln 1948
Nagler (Johannes)	Kommentierung der §§ 242 u. 303 StGB im Leipziger Kommentar 2. Bd. 7. Aufl. Berlin 1951
Niethammer (Emil)	Lehrbuch des BT des deutschen Strafrechts Tübingen 1950
Noll (Peter)	Die Sachentziehung im System der Vermögensdelikte SchwZStr 84,337 (1968)
Oehler (Dietrich)	Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffs NJW 66, 1633 ff
v. Ohlshausen (Justus)	Kommentar zum StGB 2. Bd. Berlin 1927
Oppenhoff (Friedrich)	Preußisches StGB 5. Aufl. Berlin 1867
ders.	Das StGB für das deutsche Reich 14. Aufl. Berlin 1901

Otto (Harro)	Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes Berlin 1970
Palandt (Otto)	Bürgerliches Gesetzbuch 34. Aufl. München 1975
Peter (Wolfgang)	Die Sachentziehung im geltenden und zukünftigen Strafrecht; Überlegungen zu § 251 des Entwurfes 1962 Diss. Münster 1970
Peters (Karl)	Beschränkung der Tatbestände im BT ZStW 77, 470 ff
Petters (Walter)- Preisendanz (Holger)	StGB-Kommentar 27. Aufl. Berlin 1971
Rieger (Hans Joachim)	Die Strafbarkeit der Sachentziehung nach geltendem Recht und in den Strafgesetzentwürfen Diss. Tübingen 1930
Rottmüller (Julius)	Das neugeschaffene Delikt der dauernden Entziehung von Sachen Diss. Erlangen 1926
Rubo (Ernst Traugott)	Kommentar über das StGB für das deutsche Reich Berlin 1879
Rudolphi (Hans-Joachim)	Der Begriff der Zueignung GA 65, 33 ff
Säftel (Werner)	Die einfache Sachbeschädigung und die Sachentziehung im gegenwärtigen und zukünftigen Strafrecht Diss. Heidelberg 1971
Sax (Walter)	Grundsätze der Strafrechtspflege in: Die Grundrechte, Bettermann-Nipperdey-Scheuner; S. 909 ff 3. Bd., 2. Halbbd. Berlin 1959
Schaffstein (Friedrich)	Zur Abgrenzung von Diebstahl und Gebrauchsanmaßung, insbesondere beim Kraftfahrzeugdiebstahl GA 1964, 97 ff
Schroller	Sachbeschädigung VDSt RT 6. Bd. S. 141 - 182 Berlin 1907
Schönke (Adolf)- Schröder (Horst)	StGB Kommentar 17. Aufl. München 1974
Schriften der Akademie für Deutsches Recht	Schriften der Akademie für Deutsches Recht Gruppe Rechtsgeschichte Weimar ab 1934

Schütze (Theodor Reinhold)	Deutsches Strafrecht 2. Aufl. Leipzig 1874
Schwartz (Ernst)	Das StGB für das Deutsche Reich Berlin 1914
Schwarze (Friedrich-Oskar)	Kommentar zum StGB 3. Aufl. Leipzig 1873
Soergel (Hans-Theodor)-Siebert (Wolfgang)	BGB - Kommentar 1. u. 4. Bd. 10. Aufl. Stuttgart 1967 (1. Bd.) 1968 (2. Bd.)
Stöckli (Clemens)	Die Sachentziehung gemäß Artikel 143 StrGB, insbesondere ihr Verhältnis zu verwandten Vermögensdelikten und zum Artikel 62 MFG Diss. Basel 1950
Temme (J. D. H.)	Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Stuttgart 1876
Ternus (Jürgen)	Lücken im System des Diebstahls- und Unterschlagungstatbestandes nach geltendem und künftigem Recht Diss. Mainz 1971
Thomsen (Andreas)	Das Deutsche Strafrecht Berlin 1906
Voll (Gustav)	Die Sachbeschädigung im geltenden Recht und in den deutschen Entwürfen Diss. Würzburg 1922
Welzel (Hans)	Das Deutsche Strafrecht Eine systematische Darstellung 11. Aufl. Berlin 1969
Wessels (Johannes)	Zueignung, Gebrauchsanmaßung und Sachentziehung NJW 65, 1153 ff
Westerburg (Hans)	Die dauernde Entziehung von Sachen im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StGB für das Deutsche Reich Diss. Freiburg 1932
Wilda (Eduard)	Das Strafrecht der Germanen 1842 Neudruck Aalen 1960
Wolf (Erik)	Der Sachbegriff im Strafrecht in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. V S. 44 ff Berlin, Leipzig 1928
Würtenberger (Thomas)	Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat 1970

Abkürzungen:

Begr.	=	Begründung
ff	=	folgende
insbes.	=	insbesondere
Kap.	=	Kapitel
Kom.	=	Kommentar
Ndrs.	=	Niederschriften
R.	=	Recht
SE(en)	=	Sachentziehung(en)
(st.) Rspr.	=	(ständige) Rechtsprechung
s. o. (u.)	=	siehe oben (unten)
VDSt	=	Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts
vgl. o. (u.)	=	vergleiche oben (unten)

Ansonsten entsprechen die Abkürzungen dem Verzeichnis von

Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache
2. Auflage, Berlin 1968

L e b e n s l a u f

Am 25. November 1945 wurde ich in Heidelberg als Sohn von Erwin Gutmann und dessen Ehefrau Gertrud, geb. Biermann, geboren. Nach dem Abitur studierte ich von 1965 bis 1970 Rechtswissenschaften an den Universitäten Heidelberg, Tübingen und Bonn. Nach dem Assessorexamen im Jahre 1975 begann ich meine Tätigkeit als Rechtsanwalt im Landgerichtsbezirk Duisburg.